

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE:
ABOGADO

“MECANISMOS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ECUATORIANO, A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 2.008: ENFOQUE
DE LA CORRESPONSABILIDAD”

NOMBRE
JUAN FRANCISCO OÑA IZURIETA

DIRECTOR: DR. JULIO MIGUEL MICHELENA AYALA

MAYO, 2015

Quito, 19 de marzo de 2015.

Doctor

Manuel Jiménez

Secretario de la Facultad de Jurisprudencia

PUCE

Ciudad.-

De mis consideraciones:

Habiendo sido designada profesora informante de la disertación "Mecanismos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir de la Constitución de 2008: enfoque de corresponsabilidad", elaborada por el estudiante Juan Francisco Oña, pongo a su consideración el siguiente informe:

La mencionada disertación cumple con los requisitos de fondo y forma necesarios para un trabajo académico.


La disertación desarrolla de manera clara los debates doctrinarios históricos y contemporáneos sobre los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Incluye un breve análisis del bloque de constitucionalidad y de tratados internacionales de derechos humanos relacionados con los DESC. No obstante, en este último punto llama mi atención que no se haya considerado al Protocolo de San Salvador, instrumento interamericano específico sobre los DESC y que en los principios de interpretación se haya dejado de lado el de igualdad y no discriminación.

El autor realiza un adecuado ejercicio de síntesis de ideas centrales de doctrinarios ecuatorianos e internacionales sobre los mecanismos de exigibilidad en general y de estos mecanismos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en particular. En una parte de la disertación se identifican las debilidades de la acción de protección, desde un análisis normativo y de su aplicación por parte de jueces y juezas. Considero que habría fortalecido su tesis la inclusión de evidencias de las falencias en la aplicación. Esto habría implicado idealmente un análisis de jurisprudencia o la referencia a estudios que brinden esa información empírica actualizada.

Considero que el último capítulo es un aporte que vale la pena destacar por su novedad y originalidad. El autor realiza una propuesta concreta y argumentada para fortalecer la exigibilidad de los DESC desde un enfoque de corresponsabilidad que interpela a los artistas y su rol en la promoción de los derechos humanos. Deja así abierto el debate al respecto.

Por lo expuesto considero que esta disertación de licenciatura merece una calificación de 9/10 (nueve sobre diez).

Atentamente,


Judith Salgado Álvarez

10
20.3.15

Quito, 11 de Mayo del 2015

Doctor
Santiago Guarderas
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
PUCE

Por medio de la presente debo indicar que una vez revisada la disertación para el título de abogado del señor **Francisco Oña Izurieta**, titulada "**Mecanismos de Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, a partir de la Constitución de 2008: Enfoque de la Corresponsabilidad**", debo indicar que he evaluado este trabajo con la nota de **8 (ocho) sobre 10**, en base a las siguientes consideraciones:

- 1) La disertación evidencia un esfuerzo de investigación en numerosas fuentes las cuales el estudiante trata de articular con su propio análisis.
- 2) Este trabajo se plantea temas novedosos como el rol de la participación ciudadana en la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales, e incluso busca ilustrar tal relación mediante la actividad musical.
- 3) En este sentido la investigación devela sensibilidad y valoración respecto a la importancia de los Derechos Humanos.
- 4) La disertación tiene problemas principalmente en cuanto a su estructura puesto que no establece con suficiente claridad un eje central a lo largo de la tesis. Enfatiza en temáticas sumamente amplias como la naturaleza de los DESC para luego continuar con su exigibilidad, sin llegar al núcleo de la investigación, esto es la corresponsabilidad, sino solo en el cuarto capítulo, al que dedica solo 16 páginas de un total de 181.
- 5) No hay suficiente claridad analítica en la relación entre las secciones de exigibilidad, corresponsabilidad y el estudio de caso relativo al ejercicio musical.

Atentamente


Agustín Grijalva PH.,D

DEDICATORIA

Esta disertación va dedicada a todas las personas que, al igual que yo, entienden el Derecho como una herramienta para provocar el cambio de pensamiento en una sociedad que, cada vez, se ha vuelto insensible frente a los abusos de poder y el cometimiento de acciones injustas; porque la única dimensión del derecho pleno es el conocimiento para poderlo ejercer.

AGRADECIMIENTOS

Al todopoderoso, por la vida y la salud necesarias para llegar a cumplir con esta meta.

A Milton y Lilian, papá y mamá, mi roca y mi guía, siempre; por todo el soporte que me han sabido brindar durante mi existencia pero, sobre todo, por el amor, el ejemplo y la felicidad.

A Jeaneth, Paúl y Nathalia, mi ñaño y ñañas, por ser ejemplo de vida y calidad humana así como académica y profesional.

A Gabriel, continuador de nuestra estirpe, por ser fuente inagotable de inspiración.

A Rocío, mi querida maestra y amiga, por siempre haber creído en mí y su desinteresada guía en este camino.

A Julio, gran profesor, por haber tenido la paciencia de dirigir este trabajo y por su sincero interés en el desarrollo de mi carrera.

A todos mis amigos y amigas, ahora colegas, por haber transitado juntos el duro camino de la abogacía; en especial a Rafael, Monserradt y Adrián por su sincera e incondicional amistad. También a aquellos que, habiendo escogido caminos distintos, siempre estuvieron pendientes de mí, mis amigos de toda la vida: José, Mauricio, Luis, Julio, Christopher e Irving, muchas gracias. Y, cómo no, gracias a mis amigos de la escuela de música: Willy, Héctor, Diego, José y Jefferson, por ser gran soporte en la última etapa de este trabajo.

Al Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y a las personas que formaron parte del mismo (en el pasado y en el presente) por ayudarme a vivir la pasión por los Derechos Humanos.

Finalmente (pero no al último) a la Música, causa y consecuencia de todo en mi vida, por su eterna compañía pero, más que por cualquier otra cosa, por ser la única que siempre tiene la razón.

ABSTRACT

Esta disertación pretende hacer una aproximación teórica al tratamiento de la problemática que gira alrededor de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de su categorización como Derechos Humanos y, por tanto, de su calidad de fundamentales y, sobretodo, exigibles; mediante la visión propia del autor, se buscará aportar con un enfoque diferente respecto de la exigibilidad de estos derechos que se centrará en la ciencia jurídica pero será complementada con la experiencia propia de vivir la cultura desde la música, de hacer vivos a los derechos culturales desde la creación misma del arte de la percusión.

En el capítulo número 1, titulado “Derechos económicos, sociales y culturales”, se recogerá los conceptos fundamentales alrededor de los DESC, delimitando el marco teórico y conceptual que se utilizará en este trabajo, principalmente se tratará el contexto histórico y la forma en que aparecieron los DESC, su naturaleza jurídica, las principales teorías que se esgrimen alrededor de la misma y su presencia en el ordenamiento jurídico positivo del Estado ecuatoriano, con especial énfasis en el bloque de constitucionalidad

En el capítulo número 2, titulado “ Los mecanismos de exigibilidad”, se tratará respecto de los conceptos fundamentales alrededor de dichos mecanismos, es decir, el contexto histórico en el que fueron apareciendo, su naturaleza jurídica y clases de mecanismos que existen y los mecanismos contenidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con especial énfasis en el bloque de constitucionalidad.

En el capítulo número 3, titulado “Problemática alrededor de los mecanismos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, se buscará evidenciar la realidad nacional respecto de la eficacia y eficiencia de los mecanismos con los que cuentan sus titulares para hacer efectivos dichos derechos, señalando sus debilidades y definiendo si son suficientes a la hora de hacerlos aplicables; todo esto situando la temática en el contexto del llamado neo-constitucionalismo.

En el capítulo número 4, titulado: “Una propuesta de solución: El principio de corresponsabilidad dentro del ejercicio de la música como mecanismo de exigibilidad social de derechos”, se expondrá la visión del autor respecto de cuál sería la forma de superar las debilidades de nuestro sistema en materia de exigibilidad de los DESC, con el intitulado enfoque de la corresponsabilidad.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO 1: DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	17
1.1 Contexto Histórico.....	17
1.1.1 Antecedentes	18
1.1.2 Primeros intentos de positivización	24
1.2 Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales.....	30
1.2.1 Los derechos económicos, sociales y culturales como Derechos Humanos.....	32
1.2.1.1 <i>Naturaleza jurídica de los Derechos Humanos</i>	34
1.2.1.2 <i>¿Derechos reales o personales?</i>	37
1.2.1.3 <i>¿Derechos o garantías?</i>	38
1.2.2 Concepto de los derechos económicos, sociales y culturales.....	40
1.2.2.1 <i>La obligación de progresividad</i>	43
1.2.2.2 <i>Características de los DESC</i>	46
1.2.3 Principales críticas a la naturaleza jurídica de los DESC.....	47
1.2.3.1 <i>La crítica de la percepción dominante de los derechos sociales como presupuesto para su reconstrucción garantista y democrática</i>	47
1.2.3.2 <i>La crítica de la percepción histórica: La tesis de los derechos sociales como derechos generacionalmente posteriores a los derechos civiles y políticos</i>	50
1.2.3.3 <i>La crítica de la percepción filosófico-normativa: La tesis de los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos</i>	50
1.2.3.4 <i>La crítica de la percepción teórica: La tesis de los derechos sociales como derechos estructuralmente distintos a los derechos civiles y políticos</i>	51
1.2.3.5 <i>La crítica de la percepción dogmática: La tesis de los derechos sociales como derechos de tutela debilitada en relación con los derechos civiles y políticos</i>	52
1.2.4 Derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano.	53
1.2.4.1 <i>¿Qué es el bloque de constitucionalidad?</i>	53
1.2.4.2 <i>¿Cuál es el bloque de constitucionalidad ecuatoriano?</i>	55
1.2.4.3 <i>Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos en la Constitución ecuatoriana</i>	58

1.2.4.4	<i>Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos</i>	59
1.2.4.5	<i>Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.</i>	60
2.	CAPÍTULO 2: LOS MECANISMOS DE EXIGIBILIDAD.....	61
2.1	Contexto Histórico.....	61
2.1.1	Antecedentes	62
2.1.2	Positivización.....	64
2.2	Naturaleza jurídica de los mecanismos de exigibilidad.....	69
2.2.1	¿Qué es la exigibilidad?.....	69
2.2.1.1	<i>Exigibilidad Directa</i>	70
2.2.1.2	<i>Exigibilidad Indirecta</i>	71
2.2.1.3	<i>Justiciabilidad vs exigibilidad</i>	72
2.2.2	Concepto de mecanismos de exigibilidad.....	73
2.2.3	Clases de mecanismos de exigibilidad o mecanismos de garantía	75
2.2.3.1	<i>Institucionales</i>	75
2.2.3.2	<i>No institucionales o sociales</i>	83
2.2.4	Mecanismos de exigibilidad en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano	86
2.2.4.1	<i>Mecanismos de exigibilidad reconocidos en la Constitución ecuatoriana</i>	87
2.2.4.2	<i>No Institucionales o Sociales</i>	92
2.2.4.3	<i>Mecanismos de exigibilidad reconocidos en la Convención Americana de DDHH</i>	94
2.2.4.4	<i>No Institucionales o Sociales</i>	97
2.2.4.5	<i>Mecanismos de exigibilidad reconocidos en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales</i>	98
3.	CAPÍTULO 3: PROBLEMÁTICA ALREDEDOR DE LOS MECANISMOS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DESC EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO	102
3.1	Contexto Jurídico.....	102
3.1.1	Un cambio de paradigma	103
3.1.2	¿Neo-constitucionalismo o justicia?	104
3.2	¿SON SUFICIENTES LOS MECANISMOS DE EXIGIBILIDAD RECONOCIDOS PARA HACER EFECTIVOS LOS DESC EN EL ECUADOR?.....	119
3.2.1	Mecanismos jurisdiccionales.....	120

3.2.1.1	<i>La acción de protección</i>	120
3.2.2	Mecanismos no institucionales	125
3.2.2.1	<i>La protesta social pacífica</i>	126
3.2.3	Debilidades de nuestro sistema en materia de exigibilidad	130
4.	CAPÍTULO 4: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN. EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD DENTRO DEL EJERCICIO DE LA MÚSICA COMO MECANISMO DE EXIGIBILIDAD SOCIAL DE DERECHOS	145
4.1	Principio de la corresponsabilidad	146
4.1.1	La corresponsabilidad como parte fundamental de lo político	150
4.2	Aproximación a este enfoque	151
4.2.1	El caso venezolano	151
4.3	Justificación	153
4.3.1	Base jurídica	153
4.3.2	Doctrina de protección integral de los derechos	156
4.4	Desarrollo de la propuesta	159
4.4.1	Antecedentes	159
4.4.2	Caso específico: derechos de los artistas: artículos 22 y 23 de la Constitución de la República del Ecuador.....	161
4.4.3	Fundamentos de la propuesta	162
4.4.3.1	<i>Educación en Derechos Humanos</i>	163
4.4.3.2	<i>Ciudadanía y Participación</i>	166
4.4.3.3	<i>El papel de la música en la sociedad</i>	170
4.4.3.4	<i>El ejercicio responsable de la música</i>	171
4.4.3.5	<i>La ética ciudadana</i>	173
4.4.3.6	<i>Ejemplos de la música como medio de protesta social a lo largo de la historia</i>	175
4.4.3.7	<i>Una reflexión final: Música: ¿arte o mercancía?</i>	179
5.	CONCLUSIONES	181
6.	RECOMENDACIONES	183
7.	BIBLIOGRAFÍA	185

INTRODUCCIÓN

- **Exposición de razones que motivaron el estudio**

Tratar respecto de los mecanismos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es, con seguridad, tratar uno de los temas que más debate ha suscitado en el contexto de los Derechos Humanos, especialmente, cuando se habla de derechos culturales, de la cultura en sí misma, definir qué mecanismo es el más efectivo para hacer real este tipo de derechos es una tarea harto compleja; no obstante, este trabajo tendrá por objeto plantear una posibilidad para evitar una de las situaciones arraigadas en la sociedad ecuatoriana: el irrespeto de los derechos de las personas y la consecuente mínima producción cultural propia, basándose en la hipótesis de que cualquier mecanismo de exigibilidad establecido respecto de los derechos económicos, sociales y culturales será inútil, aunque jurídicamente esté diseñado de la mejor manera, si no se hace conciencia de la corresponsabilidad de la ciudadanía al momento de hacerlos reales y efectivos.

¿Por qué estudiar los derechos económicos, sociales y culturales?

Tomando en cuenta que el Derecho es parte de las ciencias sociales y, además, de las ciencias humanas, no podría entenderse que el desarrollo de su contenido científico y doctrinal se aleje de las realidades fácticas de las sociedades a las cuales pretende regular; en este orden de cosas, el desarrollo de esta disertación pretende ser un aporte al proceso de reivindicación de derechos ya que buscará establecer las falencias en materia de exigibilidad respecto de los derechos económicos, sociales y culturales; constituyéndose en una propuesta para subsanar este vacío y, de esta manera, coadyuvar a la realización de un verdadero cumplimiento de estos derechos.

No obstante, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿qué gana la sociedad ecuatoriana con el desarrollo de esta disertación y las propuestas que de ella se desprendan para redefinir y optimizar los mecanismos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución de 2.008? Pues bien, para responder a

esta interrogante, se debe comenzar asumiendo un concepto sobre qué son dichos derechos:

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹ (DESC) son Derechos Humanos vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la alimentación, la salud, la vivienda, la seguridad social, la educación, la cultura, el agua y el medio ambiente. Vistos desde otro enfoque, los DESC pueden constituir herramientas jurídicas útiles para revertir realidades como la desnutrición; el desempleo o la precariedad laboral; los riesgos a la salud; el analfabetismo; la deserción escolar; la falta de acceso a la vivienda, al agua, a los medicamentos básicos; los desalojos o desplazamientos forzados; la marginación social; la pobreza y la desigualdad, entre otros fenómenos ampliamente extendidos que vulneran la dignidad humana²

Asimismo, se intentará destruir, desde la argumentación jurídica, aquellos dobles discursos que a diario se presentan en la palestra política de nuestra sociedad y que buscan, so pretexto de estar a favor de los Derechos Humanos, solventar cualquier acción o ideología sin fundamentos teóricos racionales y sin conocimiento alguno de la verdadera teoría jurídica de los Derechos Humanos; propuestas que pueden llegar a ser verdaderamente peligrosas y que debemos denunciar. Así lo establece Pietro Sanchís que, respecto a esta problemática, se pronuncia de la manera siguiente:

En el lenguaje corriente, pero también en círculos lingüísticos más tecnificados, los derechos del hombre se invocan con una alta carga emotiva para referirse prácticamente a cualquier exigencia moral que se considere importante para la persona, para una colectividad o para todo un pueblo, y cuyo respeto o satisfacción se postula como una obligación de otras personas, en particular de las instituciones políticas, nacionales o internacionales. Naturalmente, ello ha facilitado, no ya un cierto abuso lingüístico sino también a veces una utilización meramente retórica o propagandística de la expresión, de manera que podemos encontrar la bandera de los Derechos Humanos encubriendo realidades o proyectos políticos

¹ En adelante, las siglas DESC se utilizarán en este trabajo para referirse a los derechos económicos, sociales y culturales.

² Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: EXIGIBLES y JUSTICIABLES. Preguntas y respuestas sobre los DESC y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Espacio DESC) y la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH México), 2.010. Pág. 9.

contradictorios entre sí, cuando no otros que de modo palmario se sitúan en las antípodas de lo que fueron sus supuestos filósofos³

Lo que busca este trabajo es aportar a un cambio de pensamiento, a una nueva forma de ver al Derecho como una herramienta que posibilite mejorar la calidad de vida de toda persona y ya no como un arma que constituya la barrera infranqueable que significa la diferencia entre el que tiene y el que no tiene, en suma, vislumbrar una posibilidad de debate incluyente que tenga por objeto el mejorar, desde lo jurídico, el sistema de exigibilidad de los DESC para lograr volverlos reales y alcanzar el tan ansiado bien colectivo y , más aún, que buscaría evitar el abuso de poder frente a la ignorancia de un pueblo que se ve indefenso ante medios tan elaborados que usa el defensor del status quo.

Desde una perspectiva académica, el aporte de este trabajo (y de todo aquel que se sitúe en la misma línea) es importante ya que buscará entender la doctrina desde la aplicación práctica en la realidad jurídica propia, evitando, en lo posible, las falencias que resultan de la aplicación del Derecho comparado que nos ha dejado con una, casi nula, producción científico-jurídica; que ha significado una inestabilidad en el campo jurídico, reflejada en los hechos a través de un total desconocimiento de la norma y su inaplicación pero, sobre todo, su poca efectividad.

En el plano personal, desde el momento mismo en que me decidí por ingresar a la Facultad de Jurisprudencia tuve como objetivo único y más importante: el buscar ayudar a las personas mediante el conocimiento de la ciencia jurídica; ahora, a las puertas de ser un profesional del Derecho, he podido observar cómo mi conocimiento puede ayudar a las personas a mejorar su calidad de vida. Mediante mi experiencia en el Centro de DDHH de nuestra facultad, el saberme y haberme visto como la diferencia entre que una persona acceda a algo que no solo por norma sino por humanidad y justicia le corresponde o no , me ha hecho interiorizar aquello que idealmente siempre creí: que el Derecho podía ser visto desde dos perspectivas, como un arma muy poderosa a la hora de destruir(un ordenamiento jurídico que hizo viable el genocidio en la segunda guerra mundial, las penas privativas de libertad o de muerte, los procedimientos ejecutivos reconocidos como la fuerza legitimada por el Derecho) o como una herramienta también muy constructiva a la hora de reivindicar

³ Luis Pietro Sanchís. “Derechos Fundamentales”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, El Derecho y la Justicia. Madrid, Editorial Trotta, segunda edición, 2.000. Pág. 501.

los derechos de quienes son considerados iguales pero que, en realidad, son tratados como cualquier cosa menos como humanos (los esfuerzos de todas las declaraciones de Derechos Humanos para sanar las grandes heridas que dejaron las guerras, la educación inclusiva, los valores contenidos en cada derecho fundamental reconocido o no). Todo lo cual me ha llevado a decidirme por ser un constructor de una realidad alterna que siempre puede ser mejor, desde mi trinchera como es la ciencia jurídica y parte de lo cual es este trabajo.

Asimismo, como músico percusionista y compositor, siempre he creído que el arte y la cultura no deben ser solo medios para entretener a las personas sino que deben cumplir una función social de mayor contenido como es el ser crítica, constructiva claro está, de las realidades injustas que se dan en la humanidad, en el planeta y por las cuales nadie hace ni dice nada, en ser una especie de medidor y contenedor del poder estatal arbitrario para ponerlo en su lugar, aprovechando la especial comunión entre el público y el artista que llega a éste con su mensaje; no con esto espero una falsa revolución como tantos artistas anarquistas propugnan sino más bien una evolución que nos lleve a un trato ético entre todos los seres humanos y con nuestra Tierra, que busque el acuerdo y no la división. Quiero evitarme la posibilidad de volver a vivir discriminación por mi condición de diferente, la misma que conlleva más allá de un “simple” malestar sentimental frente al rechazo sino que llega a ser verdadera arma mortal para quienes, por ser diferentes, no acceden a lo que, por Derecho, les corresponde.

Finalmente, como fiel creyente en la equidad de condiciones para todas las personas sin distinción de ninguna índole, me resulta totalmente injustificable y aberrante que la diferencia entre llevar una vida digna, como estipula la norma fundamental, y no llevarla se base en tener dinero o no tenerlo y, por tanto, el acceso a todas aquellas condiciones indispensables que todas las personas deberíamos tener. Es por todo esto y con el objeto de concatenar mis distintas actividades, que me he decidido a investigar el tema planteado.

- **Breve aproximación al tema de estudio, su objeto jurídico y su contexto**

Hablar de derechos económicos, sociales y culturales es hablar de Derechos Humanos y, hablar de Derechos Humanos, es hablar de la persona humana, de su dignidad; en palabras de Salvador Vergés Ramírez: *“el valor de los Derechos Humanos no es sino el valor*

mismo de la persona” pero de qué valor podemos hablar cuando todavía existen seres humanos que no tienen acceso a educación, salud o cultura, que siguen siendo minimizados por no contar con las condiciones necesarias que aporten a su desarrollo, pues bien, he aquí la importancia misma de los DESC.

Dentro de todas las posibilidades de tratamiento que pueden ensayarse alrededor de los derechos económicos, sociales y culturales, la presente disertación se centrará en los mecanismos de exigibilidad de los mismos, es decir, los medios o herramientas que, con fundamento jurídico, permitan a las ciudadanas y ciudadanos, titulares de estos derechos, el hacerlos efectivos en la realidad y sin que sea estrictamente necesario reclamarlos ante una autoridad jurisdiccional; estableciendo qué otras posibilidades ofrece el ordenamiento jurídico ecuatoriano que sean más expeditas y eficaces en la realización material de estos derechos.

En suma, el desarrollo de este trabajo, en cuanto a su temática, buscará suplir la que, en la opinión del autor y la de varios juristas destacados de nuestro país, es la mayor falencia que trae nuestra novel Constitución, a saber, el haber desarrollado ampliamente los derechos reconocidos en su texto pero no haber establecido claramente cuáles serán los medios específicos para exigir su cumplimiento ni las responsabilidades que de su incumplimiento se derivarían, en palabras del maestro Hernán Salgado Pesantes:

La Constitución de 2.008 se quedó también en la fase del señalamiento de los deberes y no fue más allá. Las responsabilidades jurídicas que corresponden al Estado y a cada titular de las funciones o poderes estatales son señaladas superficialmente lo que no guarda proporción con el gran desarrollo de los derechos constitucionales... Desde ya puedo señalar que constituye un duro reto para el Estado ecuatoriano y sus gobernantes hacer que estos derechos sean efectivos (y no programáticos), que hallen su concreción en la realidad cotidiana⁴

Dado el vacío normativo que existe en cuanto a los mecanismos de exigibilidad (que no supone necesariamente su inexistencia sino más bien el laxo tratamiento de los mismos) y también debido a la oscuridad presente en la normativa que establece las garantías jurisdiccionales como parte de dichos mecanismos, estos constituirán el tema específico de

⁴ Hernán Salgado Pesantes. Lecciones de Derecho Constitucional. Quito, Ediciones Legales - Colección Profesional Ecuatoriana, Cuarta Edición, 2012. Págs. 65-66.

estudio dentro de la rama del Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos a la que se limitará este trabajo; todo lo cual se enfocará con mayor precisión a los derechos culturales.

Respecto de la delimitación espacial, como se desprende del tema planteado y de conformidad con el principio de territorialidad de la norma jurídica, este trabajo se centrará específicamente en el territorio de la República del Ecuador y, por tanto, en el ordenamiento jurídico vigente en dicha circunscripción territorial, relevante respecto del objeto de estudio, a saber: Constitución de la República del Ecuador, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; entendidos los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos mencionados como parte integrante del bloque de constitucionalidad ecuatoriano y, por tanto, parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Respecto de la delimitación temporal, este estudio se centrará en el período de tiempo comprendido a partir del 20 de octubre de 2.008, fecha en la que entró en vigencia la actual Constitución ecuatoriana, hasta el 31 de diciembre de 2.014, fecha que señalo como límite temporal para el desarrollo de la presente disertación.

Contextualización

Cultural:

Para contextualizar en el ámbito cultural, me permitiré citar a dos autores ecuatorianos que, en sus obras respectivas, han logrado hacer un auto retrato bastante real de lo que somos los ecuatorianos y ecuatorianas y, por supuesto, de nuestra cultura.

Empezaré por Jorge Enrique Adoum que, en su libro “Ecuador: Señas Particulares”, expone al referirse a la sociedad ecuatoriana:

extranjeros en una sociedad con normas, perniciosos e impunes, nostálgicos de un país de la insolencia donde la burla y la agresión a los demás son forma de conducta; miembros de otra raza, esa que perdió la costumbre de la contigüidad humana y de la convivencia con los

demás, que en la violencia de la vida no encontraron, o en una esquina de su ignorancia extraviaron, el respeto a la persona, entidad capaz, igual que ellos, de derechos y obligaciones, según el diccionario que nunca abrieron, desterrados del futuro, porque esto también, y antes que el resto, cambiará un día, creo, tengo que creer⁵

Por otro lado, Miguel Donoso Pareja, en su obra “Ecuador: Identidad o Esquizofrenia”, expone, asimismo refiriéndose a nuestra manera de ser:

Así nos ven, falseando nuestra identidad, negando a los indios o a los negros (lo que tenemos de ellos, que es incuestionable), a los serranos y a los costeños (mutuamente), al otro en general, víctimas de una memoria tergiversada, avergonzados (cuando deberíamos estar orgullosos) de nuestra diversidad⁶

El problema de la no realización de los DESC en nuestra sociedad responde a un problema cultural, a la inmadurez que, como sociedad, tiene la ecuatoriana acostumbrada a negar a otras personas, a desentenderse siempre que el problema no le afecte directamente, a buscar marcar diferencias inexistentes y, sobretodo, a buscar la forma de irrespetar el derecho de otras personas siempre que esto suponga una ventaja, es decir, nos encontramos en un país poco civilizado en el que impera la democracia del pedrazo que evita el desarrollo no solo económico sino cultural, jurídico y humano. Triste realidad que se ve reforzada por un rol estatal mal entendido que, en lugar de cuidar los derechos de las personas, se ha vuelto uno de los mayores violadores de los mismos, y que la ciudadanía debería pugnar por cambiar, que podrá cambiar mediante la cultura y la educación, mediante el ejercicio los derechos económicos, sociales y culturales.

Fáctica:

En el campo fáctico, basta hacer una breve revisión de las estadísticas socio-económicas que nos ofrece el INEC para visibilizar el hecho de que el Estado ecuatoriano es un Estado fallido en cuanto al cumplimiento de los DESC, así tenemos los siguientes datos⁷:

⁵ Jorge Enrique Adoum. Ecuador: Señas Particulares. Otras Señas Particulares. Quito, Editorial Eskeletra, sexta edición, 2.000. Pág. 297.

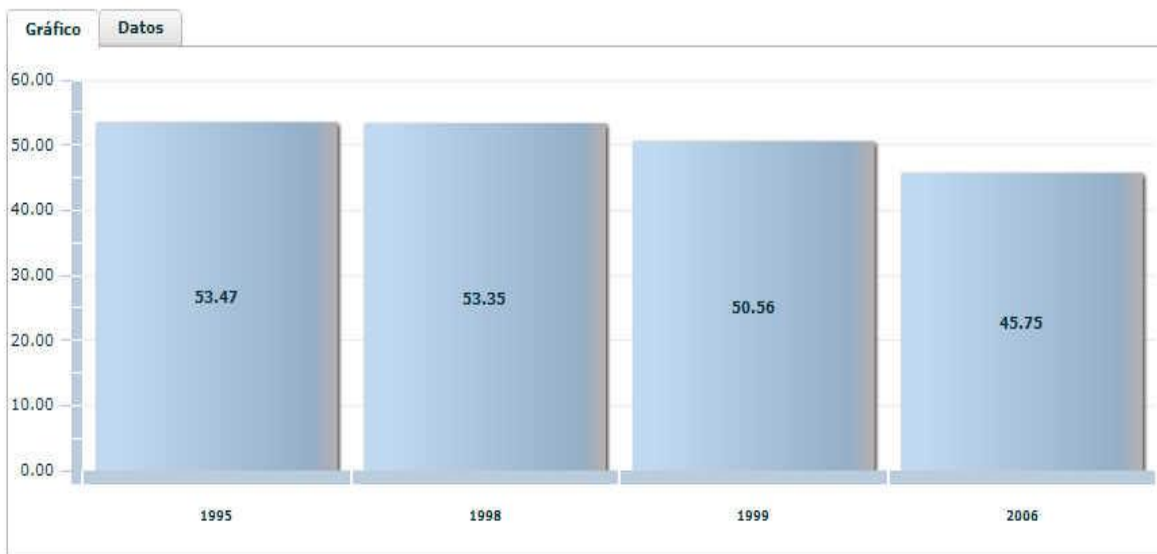
⁶ Miguel Donoso Pareja. Ecuador: Identidad o Esquizofrenia. Miradas Adicionales. Quito, Editorial Eskeletra, tercera edición, 2.004. Págs. 224-225.

⁷ Gráfico tomado de la página web oficial del INEC, actualizado al 11 de Octubre de 2.014.

POBREZA NECESIDADES BÁSICAS INSATISFECHAS

Ámbito :

Porcentaje



Fuente: ENCUESTA DE CONDICIONES DE VIDA (ECV) -INEC-

[Guardar gráfico](#)

De la revisión de estas estadísticas podemos concluir que, alarmantemente, los niveles de pobreza son muy altos en un país que debería ser rico, lo que es inconcebible dado que la Constitución reconoce el derecho a una vida digna para todas las personas; por lo tanto, desde el punto de vista fáctico, este trabajo debe contribuir al cambio de mentalidad de la ciudadanía y del rol Estado para lograr mitigar estas estadísticas mediante el estudio pormenorizado de los mecanismos que hagan efectivos los DESC, con un posible mejoramiento de los mismos para que, de esta forma, coadyuve al mejoramiento de la calidad de vida de toda la población, especialmente de la más necesitada.

Doctrinal:

Respecto del contexto doctrinal, la presente disertación se basará en la doctrina universal de los Derechos Humanos⁸ que es bastante amplia pero buscando siempre aquella

⁸ En adelante, se utilizará las siglas DDHH para referirse a los Derechos Humanos.

que de mejor forma se aplique a la realidad ecuatoriana y a los retos planteados en la nueva norma fundamental, no obstante y, en general, se seguirá la línea de pensamiento que establece el Profesor Salgado, que expone, al respecto:

La doctrina de los Derechos Humanos señala que su número no es determinable, permanece indefinido; su desarrollo responde a las necesidades de la sociedad y de la persona en cada época, a su evolución. Estas necesidades y exigencias individuales y sociales –que tienden a la universalidad- poseen como sólido fundamento la dignidad del ser humano. Por ello el contenido de los derechos fundamentales debe estar en concordancia o armonía con la dignidad humana. Ésta entraña el respeto a la autonomía y libertad de los seres humanos, condicionada tan solo por la relación con otras personas en la comunidad plural⁹

Sin perjuicio de lo señalado, cabe también citar en este punto el acertadísimo criterio de Luis Pietro Sanchís respecto del contenido de los derechos fundamentales, aplicable con mayor razón a los DESC que, por naturaleza, son muy amplios; él expone lo siguiente:

Considero que la vaguedad que rodea el concepto de Derechos Humanos puede ser consecuencia de un cierto abuso lingüístico, pero representa también una característica de la función histórica que ha desempeñado como traducción jurídica de las exigencias morales más importantes que en cada momento han pretendido erigirse en criterio fundamental para medir la legitimidad de un modelo político y, por tanto, para justificar la obediencia a sus normas. Por eso, decidir qué rasgos debe tener una pretensión para hacerse merecedora del calificativo de derecho humano fundamental, en suma, determinar el contenido de los derechos, no es problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación. Un problema que, como cualquier otro relativo a las exigencias de la justicia en una sociedad plural y democrática, debe quedar abierto al diálogo intersubjetivo a propósito de necesidades y recursos, con el único límite de preservar el propio diálogo y, consecuentemente, la personalidad moral de todo participante en el mismo¹⁰

En suma, la doctrina, si bien servirá como sustento y fundamento teórico-conceptual para el presente trabajo, será una guía no definitiva aunque sí definitoria del mismo ya que su objetivo será desarrollar una alternativa de solución, aunque sea temporal como casi todo

⁹Hernán Salgado Pesantes. Lecciones de Derecho Constitucional. Quito, Ediciones Legales, Colección Profesional Ecuatoriana, Cuarta Edición, 2012. Págs. 63-64.

¹⁰ Luis Pietro Sanchís. “Derechos Fundamentales”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, El Derecho y la Justicia, Madrid, Editorial Trotta, segunda edición, 2.000. Pág. 508.

en el Derecho, para la problemática planteada a la luz de la misma pero con la sola idea de dejar como precedente la búsqueda de instituciones y mecanismos propios para la efectiva realización de los DESC en el Ecuador.

Normativa:

Respecto del contexto normativo, el tema a tratar será trabajado desde el bloque de constitucionalidad ecuatoriano, comenzando, como es lógico, por la Constitución de la República del Ecuador que, en su articulado, consagra una amplia serie de derechos y garantías, entre los cuales se encuentran los DESC; asimismo se tomará en cuenta, sobretudo, los siguientes instrumentos internacionales, que son los más relevantes al respecto: el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos; dejando abierta la posibilidad de revisar otros instrumentos cuando el caso amerite. Finalmente, se analizará la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y la Constitución de la República del Ecuador.

Una aproximación a la cultura

Para proceder a analizar el tema de los mecanismos de exigibilidad de los DESC, se ha considerado iniciar por un breve aproximamiento al concepto de cultura, con el único objetivo de plantear claramente desde el inicio, qué es lo que en este trabajo se va a entender por cultura sin pretender ahondar en este tema dado que esa es materia de la Antropología.

Cabe en este momento citar a un brillante antropólogo, Marco Vinicio Rueda, quien trata el concepto de cultura de una manera sencilla de entender y nos dice lo siguiente:

La palabra cultura es ante todo empleada por los antropólogos como equivalente a todo modo de vida aprendido; todo ese conjunto de elementos materiales y espirituales de la vida humana, que son transmitidos por la sociedad. En este sentido todos los pueblos tienen su cultura, poseen su red de costumbres, tradiciones, actitudes, objetos, usos, pero no como un

*agregado informe, sino como una totalidad ensamblada, un “todo total” que diría Marcel Mause*¹¹

Sapir nos dice que cultura comprende: *“el conjunto de actitudes, de cosmovisiones y de rasgos específicos de civilización que confieren a un pueblo particular su lugar original en el universo.”*¹²

Para Geertz, dicha cultura o “todo total” encierra tres elementos centrales: una cosmovisión, un ethos y una simbólica. Entendiendo la cosmovisión como el conjunto de respuestas para pasar del caos al cosmos: cómo se mira la vida. El ethos que sería el conjunto de modos de sentir, pensar y valorar: lo que da empuje, fuerza a la vida. Y la simbólica, un conjunto de signos y símbolos que almacenan la cosmovisión y el ethos, que sirven para comunicarlos a los otros y para recibir, a su vez, los mensajes de ellos.¹³

En este sentido es en el cual entenderemos la palabra cultura, es decir, aquellas maneras propias de una sociedad de desenvolverse en su realidad, no uniformes sino diversas y, por lo mismo, ricas; aquellas formas de llevar la vida a diario que se vuelven a repetir de generación en generación con una reinención de las mismas en cada una de ellas, eso es cultura desde mi perspectiva.

¿Por qué la cultura es algo tan importante?

La respuesta es, aparentemente, fácil: la cultura es aquello que nos hace a nosotros, nosotros mismos; no obstante, cabe responderla con mayor sustento teórico para lo cual me remitiré a Adam Kuper en su obra titulada: “Cultura: la versión de los antropólogos”.

En dicha obra, se parte de la proposición general siguiente: *“La conciencia de la propia cultura que se está desarrollando entre las otrora víctimas del imperialismo es uno de los fenómenos más destacados de la historia mundial en el final del siglo xx”*¹⁴; proposición que explica los fenómenos actuales respecto del empoderamiento que quienes fuimos sometidos a conquista

¹¹ Marco Vinicio Rueda. Orientación Pastoral. Pág.2.

¹² *Ibíd.* Pág.3.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Adam Kuper. Cultura: la versión de los antropólogos. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, edición en castellano, 2.001. Pág. 20.

y otros procesos de dominación, hemos iniciado para reconocernos como únicos y valiosos por esa diversidad, condenando el intento de unificarnos y semejarnos a la cultura dominante.

Asimismo, Samuel Huntington en un ensayo de 1.993 auguraba el que, en su opinión, sería el nuevo reto de la sociedad mundial, los conflictos que se originarían ya no por razones económicas o ideológicas sino por razones culturales explicándolo de la siguiente manera:

Las principales diferencias entre civilizaciones en cuanto al desarrollo económico y político se enraízan claramente en sus distintas culturas y la cultura y las identidades culturales están modelando los patrones de cohesión, desintegración y conflicto en el mundo posterior a la guerra fría. En este mundo nuevo, la política local es la política de la etnicidad, la política global es la política de las civilizaciones cuyo choque reemplaza a la rivalidad entre las superpotencias.¹⁵

Sin perjuicio de la posibilidad de nuevos conflictos en base a la cultura, lo que demuestra su importancia, cabe ir más allá de la pugna de poder siempre presente en esta sociedad globalizada y aterrizar en el hecho de la importancia que tiene el dar un espacio a la cultura propia y su desarrollo dentro del Estado como una forma de reivindicar su propio espacio en el mundo pero además y, sobre todo, como la forma de poder entenderse y recrearse dinámicamente sin tener la necesidad de esperar modelos extranjeros impuestos ilegítimamente.

Se debe entender que al hablar de cultura, se está hablando sobre las identidades colectivas, aquellas que son comunes a todos los estratos sociales, aquellas que están arraigadas dentro del sentir más profundo de nuestra sociedad colectiva y que son las únicas que podrán contrarrestar la corrupción mediática que busca establecer cierto modelo como el único y el más perfecto.

En concordancia con lo anteriormente aseverado, se puede tomar como ejemplo lo que sucedió en Europa en la época conocida como de la Ilustración en la que Francia fue un modelo para todo el mundo y trataba de imponer su concepto de civilización mientras que las

¹⁵ Samuel P. Huntington. The Clash of Civilizations, Foreign Affairs. Verano, 1.993. Pág. 22.

otras naciones pugnaban por sostener una cultura espiritual, expresada antes que nada en el lenguaje y en el arte; caracterizando a la sabiduría de la cultura como subjetiva en contradicción al conocimiento científico.

Como respuesta a este fenómeno llamado civilización que iba aplacando las expresiones culturales, en palabras de Macaulay: *“Al tiempo que la civilización avanza, la poesía decae casi necesariamente”*¹⁶, se establece la importancia de la cultura como un contenedor del avance del racionalismo, completando, en la opinión del autor, las dos vertientes grandes del pensamiento humano: la filosofía madre de todas las ciencias y el arte.

¿Es la cultura consecuencia necesaria de la pertenencia a un determinado grupo étnico?

Dado que la Biología no pudo resolver en su totalidad el reto de entender las diferencias entre los seres humanos mediante el determinismo, apareció un nuevo concepto de cultura que establece que la misma no se hereda biológicamente sino que se aprende, se adquiere o incluso se toma prestada pues etnia, cultura, lengua y nacionalidad no coincidían necesariamente, siendo esto precisamente lo que nos diferencia de los animales.

No obstante, dado que los seres humanos somos muy parecidos entre todos desde el punto de vista biológico, se concluyó que las diferencias culturales arrancaban de las pruebas a las que se veían sometidos los grupos humanos por parte de los entornos naturales locales, así como al contacto entre distintas poblaciones. En suma:

*Nos convertimos en lo que somos al crecer en un escenario cultural determinado, no nacemos así; la etnia, como también el sexo o la edad, son construcciones culturales, no condiciones naturales inmutables. La implicación principal es que nos podemos transformar en algo mejor de lo que ahora somos, aprendiendo*¹⁷

Para concluir este apartado cabe decir que la cultura no puede definirse pero sí ser interpretada, siempre se la entenderá como la oposición a otra cosa, es la manera de ser

¹⁶ Thomas Babington Macaulay, “Milton”, en Collected and Historical essays. Londres, Dent, Everyman’s Library, 1.907. Pág. 153.

¹⁷ Adam Kuper. Cultura: la versión de los antropólogos. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, edición en castellano, 2.001. Pág. 32.

local, diferente y auténtica, que resiste ante su implacable enemigo: una civilización material globalizadora; es la respuesta de la gente que no solo ha construido un mundo simbólico en el que se desenvuelve sino que vive en él para que no se lo intente cambiar por el mundo imaginario de otro grupo.

La Música como expresión cultural

Ahora bien, cabe explicar brevemente cuál es la importancia de la música como expresión cultural, es así que Alda de Oliveira nos dice: *“Entre las funciones de la música en la sociedad se incluye la función de continuidad y estabilidad de la cultura”*¹⁸

No obstante, contraponiéndose a la idea de mantenimiento de la tradición, el cambio cultural es constante, Murdock explica el cambio cultural como un proceso de innovación, es decir: *“La formación de un nuevo hábito por parte de los miembros del grupo, que pasan a compartirlo socialmente”*¹⁹.

De esta manera, se comprueba el hecho de que la cultura y, por tanto la música como expresión cultural, no pueden definirse aunque sí interpretarse, que no son estáticas sino dinámicas, que siguen en proceso de construcción en todos los tiempos y que, sin perder su identidad propia, se van abriendo a nuevas posibilidades. Mario Godoy Aguirre explica que:

*La música es un lenguaje expresivo, articulado por un sistema de signos sonoros, portadores de un mensaje polisémico, no obstante, una obra musical es un producto cultural y social, como un hecho concreto, es la materialización de una visión del mundo*²⁰

La música es un producto íntimamente vinculado con el ser humano, es parte de la cultura inmaterial de la sociedad e implica un proceso creador, he ahí la importancia de su protección jurídica (al igual que otras artes como la danza, el cine o la pintura) pues la música es:

¹⁸ Alda de Oliveira, “Educación musical y cultura: Bumba meu Boi”, en La música a partir de diferentes contextos de trabajo. Barcelona, Editorial Graó, 2.003. Pág. 9.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Marco Godoy Aguirre. Breve Historia de la Música en el Ecuador. Quito, Corporación Editora Nacional, Primera reimpresión, 2.007. Pág. 11.

El lenguaje más expresivo que a la vez no expresa nada concreto; cada cual lo percibirá de forma distinta ya que está involucrada con efectos moralizantes, salvadores, maléficos, etc. Es insondable ya que existe mientras se ejecuta o suena, es fugaz y parte integral de una expresión total, de una sociedad dinámica; no es únicamente una mera organización de sonidos sino que supone danzas, una actitud especial de la persona, auditorio o público que escucha, lenguajes y conductas antes, durante y después de la puesta en escena²¹

- **OBJETIVOS**

Objetivo General

Comprender el régimen jurídico que regula los mecanismos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a fin de establecer alternativas de solución respecto de la inoperancia de los mismos.

Objetivos Específicos

- Estudiar los conceptos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales.
- Entender la trascendencia de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto nacional.
- Estudiar el tratamiento jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.
- Estudiar los mecanismos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.
- Plantear el enfoque de la corresponsabilidad para entender el concepto de dichos mecanismos de exigibilidad.

²¹ *Ibíd.* Pág. 12.

- METODOLOGÍA

En la presente disertación, se utilizarán los siguientes métodos: analítico, exegético, deductivo e histórico, a continuación la explicación de la relevancia de cada uno de ellos:

Método Analítico: por definición, el método analítico es un método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos del mismo, en este sentido, el método analítico es el más relevante en esta investigación toda vez que buscará desmembrar y descomponer en sus partes a los derechos económicos, sociales y culturales como una categoría para entender su esencia y poder plantear medidas a tomarse en base a dicho entendimiento profundo.

Método Exegético: el método exegético, típico de la ciencia jurídica y que consiste en la interpretación del significado de la norma escrita, también es uno de los métodos clave en la presente disertación dado que, como parte del entendimiento y la aproximación a su objeto de estudio, necesariamente se analizará a la norma escrita para aterrizar los conceptos teóricos en lo que es el Derecho vigente.

Método Deductivo: el método deductivo es aquel método científico que consiste en que la conclusión se halla implícita dentro las premisas, esto quiere decir que las conclusiones son una consecuencia necesaria de las premisas: cuando las premisas resultan verdaderas y el razonamiento deductivo tiene validez, no hay forma de que la conclusión no sea verdadera. El presente método es relevante en esta disertación dado que, una vez entendido el problema, analizado el objeto de estudio en todos sus componentes, establecidas causas y consecuencias, podrá concluir posibles soluciones al problema de fondo planteado.

Método Histórico: el método histórico, que supone básicamente la búsqueda de fuentes y otro tipo de pruebas relevantes para poder realizar la historiografía o redacción de la historia, es relevante en la presente disertación en la parte en la que hará una relación histórica respecto del proceso suscitado para la existencia real y formal de los derechos económicos, sociales y culturales.

1. CAPÍTULO 1: DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Para comprender la importancia de la existencia de los derechos económicos, sociales y culturales, y la razón misma de su nacimiento, es necesario situarse en el contexto histórico en que emergieron; para lo cual se tomará como referencia la tesis titulada: “La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales” de Norman Wray Reyes.

1.1 Contexto Histórico

Dentro del contexto histórico, es necesario ubicarse a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, etapa de la historia que se ve marcada, principalmente, por la llamada revolución industrial que tendría como consecuencia sobresaliente el apareamiento de nuevas relaciones jurídicas no conocidas con anterioridad dada la inexistencia de la máquina y que supusieron una desventaja para el proletariado que se enfrentaba, no solo a quienes poseían los medios de producción sino a la máquina misma que, de alguna manera, reemplazó efectivamente al ser humano en algunas faenas.

Dicha desventaja se hacía palpable en hechos tan injustos como las jornadas laborales de 20 horas que, a la larga, provocaba en las personas trabajadoras no solo un desgaste físico e intelectual sino y, sobretudo, emocional dado que su vida se reducía al trabajo sin poder dedicar su tiempo a otro tipo de actividades como las de esparcimiento o culturales, es decir, sin poder siquiera cuidar de su familia de la mejor manera lo que provocaba la imposibilidad de, en palabras simples, vivir la vida a plenitud y ser feliz; es en este contexto en el que el movimiento obrero toma conciencia de su situación y de la necesidad de poder disponer de su tiempo para otras actividades necesarias para su desarrollo integral procurando evitar las faenas esclavizantes a las que se veía obligado e inicia su lucha constante encaminada a mejorar las condiciones de trabajo; lucha que costaría muchas vidas.

Finalmente dichas necesidades, que se reivindicaron como derechos laborales y recibieron protección jurídica, marcaron el nacimiento de los llamados derechos económicos, sociales y culturales o derechos de segunda generación. Antes de profundizar en el

desarrollo histórico de los mismos, se hará un acercamiento a las distintas ideas que sirvieron de antecedente para su formulación.

1.1.1 Antecedentes

Dado que tratar sobre derechos económicos, sociales y culturales significa tratar sobre Derechos Humanos, resulta lógico y de suma importancia revisar los antecedentes teóricos que sirvieron de fundamento para su formulación, explicación y desarrollo histórico; comenzaremos dicho recorrido citando a Salvador Vergés Ramírez, quien propone el siguiente concepto de Derechos Humanos:

*Aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural de la persona humana y que, por ende, reclaman su reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos; pero especialmente de quienes están constituidos en autoridad*²²

Se puede desprender del concepto revisado que hace un énfasis especial en la exigibilidad de los Derechos Humanos, al establecer como obligación primordial de quienes ejercen autoridad la de reconocer, respetar, tutelar y promover los mismos; dicho concepto, según Wray, se acerca al conocido como Derecho natural clásico porque establece los supuestos principales de los Derechos Humanos como es el tener su fundamento en la propia condición natural de la persona. En otras palabras:

*El objetivo mismo del iusnaturalismo es la búsqueda del origen de todo derecho y, por tanto, los Derechos Humanos, que parten de la naturaleza humana, ocupan una parte central en esa teoría; en otras palabras, nada más natural que los Derechos Humanos pues corresponden a la naturaleza de la humanidad que tiene un carácter universal porque abarca a todas las personas sin distinción alguna de raza, sexo, religión, condición social u otra*²³

Hay que tomar en cuenta también el hecho de que los Derechos Humanos tienen relación con todas las personas (como titulares de los mismos) por lo que encuentran como su fundamento a la naturaleza humana; en consecuencia, bajo la teoría iusnaturalista, los Derechos Humanos se fundamentan en la naturaleza humana, son parte inherente de ella.

²² Salvador Vergés Ramírez. Derechos Humanos: Fundamentación. Madrid, Tecnos, 1.997. Pág.16.

²³ Salvador Vergés Ramírez, Op. Cit. Pág.23.

No obstante, cabe dilucidar ¿dónde radica la importancia de la naturaleza humana para esta teoría? Pues bien, dicha naturaleza se basa en que el ser humano está dotado de razón y libertad; así nos aclara Santo Tomás de Aquino quien expresa el carácter subjetivo del derecho natural y dice que: *“es aquel que la razón natural dicta e impone, a saber: conjunto de reglas universales referentes a la convivencia humana, formuladas como juicios casi innatos y evidentes”*.²⁴ También habla de su carácter objetivo, cuando dice que el derecho natural es: *“aquello adecuado absolutamente a la naturaleza humana”*²⁵. En conclusión, para Santo Tomás, el derecho natural es aquello que, por lógica, es conveniente a la naturaleza humana en cuanto condición innata de toda persona y que corresponde a aquello necesario para su desarrollo.

Por otro lado, John Locke, filósofo inglés, desarrolló una de las primeras nociones de derechos basado en lo que denominó la ley natural, reflexión que hizo en el marco de la Revolución Inglesa de 1.688, mejor conocida como la Revolución Gloriosa, donde sostuvo que es evidente que ciertos derechos pertenecen a los individuos en razón de que son seres humanos porque éstos han existido en: “estado de naturaleza” antes de que la humanidad haya pasado al estado de la sociedad civil.²⁶ Es decir, antes del Estado y de la ley misma ya que la naturaleza humana es inherente al ser humano desde su existencia misma.

Para Locke, los derechos eran tres: vida, libertad y propiedad. A la libertad la entendía como el estado en el cual se es libre de una imposición arbitraria y con el objeto de resguardar dicha condición, la humanidad cedió al Estado el derecho para que haga cumplir o respetar los derechos citados más no los derechos en sí mismos, es decir, cedió la posibilidad de ejercer el poder de resguardar los derechos pero no cedió sus derechos, por lo tanto, en caso de que el Estado falle en esa obligación, la revolución popular era la consecuencia lógica.²⁷

Locke sentó las bases de la concepción liberal de los Derechos Humanos que, lamentablemente, se ha mantenido, con algunos matices, hasta nuestros días porque el ejercicio individualista de los derechos ha supuesto las grandes diferenciaciones entre

²⁴ *Ibíd.* Pág. 26.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Weston Burns, “Human Rights”, 20 *New Encyclopedia Britannica* (15th ed. 1992). Pág.656 en Henty Steiner y Philip Alston (comp). *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals.* Oxford, Clarendon Press, 1.996. Pág.167.

²⁷ *Ibíd.*

quienes tienen acceso y quienes no, sin importarle a los primeros la suerte de los últimos. Luis Prieto Sanchís plantea una hipótesis interesante sobre el papel que ha jugado el liberalismo en la estructuración de la concepción de los Derechos Humanos señalando que:

“La interpretación formal y abstracta sobre los valores morales, que de una u otra forma apuntalan los derechos, se relacionan directamente con la concepción liberal de los Derechos Humanos y, a su vez, esta interpretación cuenta con una fundamentación iusnaturalista y racional.”²⁸

La fuerza de estos planteamientos, dice Prieto Sanchís, resultó en la base filosófica y la experiencia jurídica de los Derechos del Hombre de 1789 y con tal importancia que *“cualquier apartamiento de sus premisas que hoy quiera ensayarse, debe apuntar razones que los justifiquen.”²⁹*

Pero es necesario entender la razón de esta marcada influencia y es que el objetivo mismo del liberalismo consistió en definir los derechos que debían corresponder al hombre por el mero hecho de serlo y que, por tanto, habían de ser respetados por todo el sistema político legítimo así como mostrar los argumentos que fundamentan esos derechos, los cuales, a su vez, podrían ser igualmente conocidos y esgrimidos por cualquier sujeto moral³⁰; dejando como consecuencia el hecho de que los Derechos Humanos aparecen formulados como derechos mínimos pues: *“ su objetivo era responder a ciertas necesidades y exigencias morales que se presumían propias de toda persona y de ahí el rasgo de la universalidad que generalmente les acompaña.”³¹*

En consecuencia, para el liberalismo el Estado de Derecho consiste en un régimen abstencionista en el cual el Estado debe evitar intervenir en la esfera privada de cada individuo para que éste, en pleno ejercicio de sus derechos, alcance sus fines; este Estado liberal solo debe promover la competencia en igualdad de oportunidades, por esto la importancia de la libertad, la igualdad y la propiedad como derechos naturales básicos en el liberalismo como medios para la consecución de los fines de las personas.

²⁸ Luis Prieto Sanchís. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid, Debate, 1.990. Pág.23.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.* “Como indica B Goodwin, los derechos solo pueden ser mínimos puesto que han sido generalizados para aplicarse a todos”

Por otro lado, para Prieto Sanchís, el concepto de Derechos Humanos, tiene dos elementos:

“Teleológico y funcional; en el primero, los derechos aparecen como la representación normativa de los valores: dignidad, libertad, igualdad cuyo papel ha sido el de servir de catalizador para que ciertas exigencias o aspiraciones de las personas pasen de ese estado (moral) a la órbita de la legalidad.”³² En el segundo, el carácter funcional, apunta a brindar legitimación al ejercicio del poder en virtud de que son reglas fundamentales que buscan justificar las distintas formas de organización política para que éstas sean obedecidas por la ciudadanía.”³³

Poniendo como ejemplo los regímenes constitucionales, sería incoherente que el gobierno traspase los límites de su poder, establecidos en el mismo cuerpo normativo que, en efecto, le facultó a ejercer el gobierno porque, de otra forma, sería una actuación inconstitucional que supondría un despropósito en la esencia misma de este régimen.

De esta manera, se puede constatar la importancia de los Derechos Humanos como frenos ante el poder, de allí su verdadera relevancia dado que al pertenecer a la ciudadanía, ésta tiene la posibilidad de resistirse frente a los posibles abusos de autoridad de quienes están legitimados o no para ejercerla. En suma, se vuelven, en sí mismos, garantías frente al ejercicio del poder de imperium.

Para San Agustín, el reconocimiento de los Derechos Humanos es la posibilidad cierta de una asociación estable entre los hombres porque *“la congregación de los hombres está fundada sobre los derechos reconocidos y la comunidad de intereses”*.³⁴

Progresivamente, y gracias al aporte de San Agustín, la justicia fue instituyéndose, a decir de Vergés, en la columna vertebral de los Derechos Humanos; de esta forma se dice que el hombre, por su carácter racional, es el único capaz de discernir lo que es justo e injusto. En esencia: *“Se podría formular que el sentido de los Derechos Humanos es la exigencia de*

³² Prieto Sanchís. Op. Cit. Pág.20.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.* Citado por Vergés de la obra de San Agustín. La Ciudad de Dios. Pág.100.

*justicia, no tanto en bienes de posesión, que pertenecen al “tener” cuanto en aquellos elementos que conforman el “ser” de la persona”.*³⁵

Sin la justicia, desde este punto de vista, no sería viable ningún tipo de reconocimiento de los derechos ni asociación alguna que los ampare. En consecuencia, el hombre es diferente al resto de criaturas por su carácter racional y es de ese carácter de donde parten los Derechos Humanos; por tanto, el derecho de justicia está inmerso en toda persona. San Agustín también diferenció el sentido de justicia del ejercicio de ella por parte del hombre; estableciendo que *“no deben llamarse Derecho a las Constituciones injustas”* y, siguiendo esa línea, *“el axioma del alto Medioevo lex iniusta, non est lex (toda ley injusta no es ley), consagró para siempre la vinculación de la justicia a la ley, por la que se rigen los hombres”.*³⁶

Por otro lado, el arribo de los españoles a América (1492) y la posterior conquista y colonización de los territorios americanos también servirían para poner en el tapete de discusión a los Derechos Humanos debido a que el encuentro del europeo con el indígena sorprendió a ambos, sin embargo, el primero, para justificar su acto de conquista, menospreció al segundo desde el inicio y empezó el debate sobre la humanidad del indígena: ¿en qué medida era persona o no?

Fue Francisco de Vitoria quien, en su Doctrina sobre Indios, empezó a desarmar estas concepciones que buscaban justificar el despotismo de la conquista (aunque sin dejar de lado la búsqueda de un razonamiento encaminado a justificar “legítimamente” la conquista). No obstante, concluyó que los indígenas no eran incapaces mentales y poseían total uso de razón; diciendo: *“queda, por tanto, cierta esta conclusión, antes de la llegada de los españoles a aquellas tierras, los indios eran verdaderos dueños, tanto pública como privadamente”.*³⁷

Más adelante, otra de las preocupaciones que se haría presente en la discusión respecto de la naturaleza jurídica de los Derechos Humanos era la capacidad de que éstos sean respetados ya que para ello era necesario que exista una fuerza coercitiva que los proteja. Para este fin la ley tenía un papel clave ya que crecía la sensación de que un derecho sin una protección jurídica adecuada, quedaría tan solo bajo la tutela de la buena

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.* Pág.101.

³⁷ Francisco de Vitoria. *Doctrina sobre los Indios*. Salamanca, Editorial San Esteban, 1.992. Pág.116.

voluntad de los hombres lo que era totalmente incongruente con el concepto mismo de derecho humano y su característica de universal.

En este punto, es menester enfocar el surgimiento de los Derechos Humanos desde su evolución histórica con el objeto de:

“Poner al descubierto el influjo determinante que ejercen las coordenadas históricas en la evolución y posterior configuración de los Derechos Humanos, sin solución de continuidad con todas las etapas que les precedieron. Y en tal grado que, únicamente la historia es la protagonista en solitario de la aparición de los Derechos Humanos y, por ende, sólo ella puede dar razón de modo satisfactorio acerca de su fundamento.”³⁸

Es así que, desde Hegel, esta concepción tiene un resultado concreto: que el Derecho y el Estado son la única realidad³⁹, hecho que se complementa con la preocupación de dar una protección jurídica a los derechos naturales mediante mecanismos efectivos monopolizados por el Estado y reconocidos en el Derecho.

La evolución de los Derechos Humanos, bajo estas premisas, responde a un proceso de reivindicaciones sociales posteriormente reconocidas por el Estado, en este sentido, puede ser que ciertos Derechos Humanos, en un momento determinado de la historia, no sean considerados como tales por la estructura estatal, dependiendo de la coyuntura histórica en la cual se presenten, no obstante, se puede acotar que, si bien es en la historia el lugar donde los derechos encuentran vigencia, no por ello la historia es la causa de los mismos; los cuales, en última instancia, parten de la persona como ya se ha explicado dado que es la persona la que hace la historia y no al contrario. Sin embargo, las circunstancias históricas pueden ser claves para entender el por qué un grupo de exigencias fueron reivindicadas como derechos en un momento determinado de la historia de la humanidad y otras no.

³⁸ Vergés. Op. Cit. Pág.34.

³⁹ *Ibíd.*

1.1.2 Primeros intentos de positivización

La Revolución Inglesa de 1688 como contexto histórico, luego de un largo período de guerras civiles en Inglaterra, en ese año se llegó a un arreglo constitucional en el cual los derechos individuales eran su referente y se lograba una separación entre la Iglesia y el Estado y la sumisión definitiva de la Corona al Parlamento. Locke en esa coyuntura planteó que la *“finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse con el Estado o comunidades, sometándose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes”*.⁴⁰ Locke incluye bajo el nombre genérico de bienes a la vida, la propiedad y la libertad.⁴¹

Cerca de 90 años después, Thomas Jefferson, basado en los estudios que realizó sobre las ideas de Locke y Montesquieu, reconoció que los campesinos de las 13 colonias norteamericanas que declararon su independencia de Inglaterra el 4 de Julio de 1776, eran personas libres exigiendo sus derechos, los cuales se derivaban de las leyes de la naturaleza y que no podían ser concebidas como un regalo del gobernante.⁴²

Por otro lado, el Marqués de Lafayette hizo suyas estas ideas para incorporarlas en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de agosto de 1789 (Revolución francesa) y dijo: *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos”*, y continúa, *“el objetivo de toda organización política es la preservación de los naturales e imprescriptibles derechos del hombre”*. Lafayette identifica estos derechos como: libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión.⁴³ Asimismo, entiende por libertad e incluye dentro de ella, al derecho de libre expresión, libertad de asociación, libertad religiosa y libertad de un posible arresto arbitrario y confinamiento.⁴⁴

Esta visión basada en el derecho natural, tuvo una importancia sin precedentes pues brindó sustento teórico para la lucha contra el absolutismo. Y como se puede ver la idea de los Derechos Humanos, llamados de otra forma (derechos naturales), estuvo presente con fuerza en los siglos XVIII y XIX.⁴⁵

⁴⁰ Pietro Sanchís. Op. Cit. Pág.24.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Steiner y Alston (comp). Op. Cit. Pág.168.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Weston Burns. Op. Cit. Págs.167-170.

No obstante y aunque parezca lo más natural el reconocimiento de ciertos derechos innatos a las personas por el solo hecho de ser personas, la concepción de los Derechos Humanos naturales ha sido y sigue siendo criticada, principalmente por el carácter absoluto que el iusnaturalismo dio a estos derechos con categorías como inalienables, inalterables, eternos; lo que resultó en un fuerte ataque filosófico y político desde distintos sectores, tanto de la derecha como de la izquierda, que coincidían en la poca efectividad de dichos derechos dadas sus características prácticamente imposibles de cumplir en la realidad.

Como contraparte al naturalismo, apareció el positivismo jurídico, que Bobbio explica de la siguiente manera:

*“El positivismo jurídico nace del esfuerzo de transformar el estudio del Derecho en una verdadera y auténtica ciencia, que tenga los mismos caracteres de las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales. Pues bien, el carácter fundamental de la ciencia consiste en su avaloratividad, es decir, en la distinción entre juicios de valor y juicios de hecho y en la rigurosa exclusión de estos últimos del campo científico: la ciencia consiste solamente en juicios de hecho.”*⁴⁶

A pesar de las críticas planteadas frente al naturalismo la lucha por las reivindicaciones sociales a la luz de los derechos no se paralizó; de hecho, al mismo tiempo que la idea de los derechos naturales era criticada se dieron cambios trascendentales: la abolición de la esclavitud, la legislación laboral, la educación popular, el sindicalismo, el sufragio universal, son algunos ejemplos de estos cambios.

En suma, a decir de Burns Weston, este hecho demuestra que la idea no se extinguió aunque su derivación transempírica sufrió de escepticismo generalizado⁴⁷ y los ejemplos son varios: el derecho a la igualdad materializado en la progresiva abolición de la esclavitud por parte de los Estados como la de Dinamarca en 1792, Francia en 1794 se encarga de abolirla en sus colonias; por otro lado el Parlamento británico lo hace en 1807. A estos ejemplos habrían de sumarse otros, por lo que el siglo XIX fue el siglo en el que el mundo occidental repudió la esclavitud.

⁴⁶ Norberto Bobbio. Il positivismo giuridico, lezioni di filosofia del diritto. Turín, Librería Universitaria, 1.960. Pág.165. Citado por Ballesteros en Idem.

⁴⁷ Weston Burns. Op. Cit. Pág.169.

El mismo siglo y los inicios del XX fueron el escenario para las reivindicaciones laborales, consagradas en forma de derechos de los trabajadores; como derechos laborales se reconocen: *“Toda serie de exigencias que comportan el trabajo de la persona, en orden a la justicia salarial, en el horario laboral, en las condiciones de trabajo, sobre todo, en aquellos que conciernen a la higiene, a la par que a la prevención de riesgos indebidos.”*⁴⁸

Ejemplos de estas reivindicaciones son: el establecimiento de una edad laboral mínima para proteger del trabajo a la niñez, el surgimiento de la seguridad social y el establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo. A la par, los derechos de las mujeres avanzaban, sobre todo lo relacionado con la libertad de sufragio el cual se vio definitivamente plasmado a inicios del siglo XX.

En definitiva, ha existido y existe una aceptación más o menos generalizada sobre la necesidad o el principio de los Derechos Humanos, aunque sobre su naturaleza o de dónde provienen siga siendo motivo de controversia; pese a esto, varios hitos históricos han servido de motivación para que la humanidad siga reflexionando alrededor de la importancia y la necesidad de la existencia, reconocimiento y realización de los Derechos Humanos.

Ejemplo de estos acontecimientos fue la II Guerra Mundial que sirvió de antecedente directo para la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; de esta forma es como los horrores de la guerra, sumados a la locura del nazismo, fascismo y el estalinismo, removieron, por así decirlo, la conciencia de la humanidad. En esa coyuntura el mundo tenía que dar una respuesta a lo que había sucedido, y en cierta manera, lo hizo a través del establecimiento de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde ahí en adelante, la protección de los Derechos Humanos ya no solo tuvo un carácter local, que dependía de los Estados y sus respectivas legislaciones sino que los Derechos Humanos pasaron a ser prioridad internacional. El sistema internacional se convirtió en pieza clave del andamiaje de protección a los Derechos Humanos.

Los hitos en la evolución histórica del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, serán resumidos en base a la serie: “Historia de los Derechos

⁴⁸ Vergés. Op. Cit. Pág.115.

Humanos, Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, partes 1 y 2, de la profesora Diana Uribe:

- Los DESC son conocidos como derechos de segunda generación dado que fueron reconocidos en forma posterior a los que lo fueron en la revolución francesa, fruto del Estado burgués⁴⁹. Del contexto de la Revolución Francesa, de la independencia norteamericana y el régimen parlamentario inglés es desde el cual se propugna la primera generación de derechos, los Derechos Humanos que son fundamentales y reconocidos para ser demandados ante los tribunales por su incumplimiento ya que se les dota del carácter de inalienables; dichos derechos llegaron a ser 21⁵⁰. Siendo los ya mencionados derechos, los primeros en ser reconocidos (de primera generación) pues es lógico que no haya bastado con su desarrollo dado que la sociedad siguió en su dinámica que enfrentaba nuevas realidades y, como los derechos se van construyendo entre sí, la segunda generación de derechos corresponde a un período histórico diferente y más reciente que el que cobijó a las primeras declaraciones.
- En el siglo XIX, Inglaterra genera una revolución tecnológica, política y social conocida como Revolución Industrial que, con su máquina de vapor, cambió totalmente la faz de la Tierra ya que se desarrollaron relaciones diametralmente distintas volviendo a las sociedades, mayormente rurales, en sociedades urbanas mediante la concentración de la mayoría de la gente en las fábricas que están en las ciudades. En un principio, dichas fábricas manejarían un régimen de trabajo que devoraría al ser humano dado que dichas relaciones, como son nuevas, simplemente no tenían reglas de juego a las cuales someterse. Se marca entonces la enorme diferencia entre los dueños del capital y medios de producción y quienes solo poseían su trabajo, que lo ponían a disposición de los primeros y que necesitaban, por tanto, relaciones de equilibrio para evitar el abuso del cual eran víctimas.

⁴⁹ Burgos: pequeñas ciudades del medievo en donde los gremios de artesanos y comerciantes surgieron para después hacerse del poder en la revolución, planteando los derechos fundamentales y el Estado liberal de derecho

⁵⁰ A saber: a la libertad, igualdad, dignidad, vida y seguridad personal, a no ser torturado ni sometido a tratos crueles, a no ser esclavizado, a una personalidad jurídica, a la justicia, al hábeas corpus, a la defensa y a la garantía en un proceso debido, a la presunción de inocencia, a la privacidad y a la intimidad, a la libertad de circulación y domicilio, al asilo, a la nacionalidad, al matrimonio y la familia, a la propiedad privada, a la libertad de pensamiento y conciencia, a la libertad de opinión y expresión, al derecho de reunión y asociación y al derecho de participación y sufragio.

- Es así como aparecen varios movimientos sociales que propugnaban por la búsqueda de ese equilibrio mediante el planteamiento de nuevos derechos como: el derecho a que el trabajo sea reglamentado, a vivir en un ambiente sano (contrario a lo que vivían los mineros que trabajaban aspirando todos los tóxicos propios de su faena o los niños que eran obligados a trabajar desde los cinco años, siendo a los 19, prácticamente, desechos humanos); que fueron consecuencia de la resistencia a hechos como la vejez prematura, las enfermedades y falta de seguridades laborales, la regulación de los salarios única y exclusivamente por parte de quienes tenían que pagarlos y que lo hacían no en dinero sino con bonos que terminaban siempre en deuda de quienes vendían su fuerza de trabajo. Este fue el caldo de cultivo necesario para el nacimiento de los derechos de segunda generación.
- Sin perjuicio de que la Revolución Industrial se marca como el origen de dicha segunda generación de derechos, es en el siglo XX en que serán reconocidos ya que, recién en este siglo, la lucha por la reivindicación de dichos derechos se acentúa mediante la revolución mexicana de 1.910, la revolución rusa de 1.917, alemana en 1.919 y en España en 1.917 y 1.931. Estos derechos eran los siguientes: derecho al trabajo, derecho a condiciones de equidad, dignidad, seguridad e higiene en el trabajo, derecho a la asociación sindical, de huelga y de negociación colectiva, derecho a la protección especial de las madres trabajadoras y los niños y niñas trabajadores, derecho a la seguridad social, derecho a la calidad de vida, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la cultura, al arte y a la ciencia.
- No obstante, dicha enumeración no es taxativa y la lucha continuó por varios años, por ejemplo, respecto del derecho de asociación (perseguido fuertemente durante la época del liberalismo dado que los gremios eran monopolios de varios oficios) que tuvo que ser reivindicado con una nueva visión: la del sindicato para la defensa laboral de sus miembros cuya lucha quedó marcada con la historia del ahora llamado día internacional de la mujer en que las mujeres trabajadoras de una textilera hicieron una huelga de brazos caídos en la que el dueño, por no acceder a sus peticiones, quemó la fábrica con todas las trabajadoras adentro.
- Otro de los grandes hitos dentro de la lucha por la reivindicación de estos derechos es el que protagonizaron los obreros de Chicago que propugnaron que lo justo era que los seres humanos dediquen solamente ocho horas para trabajar, ocho para vivir y ocho para dormir, contrario a las jornadas de veinte horas, los siete días de la

semana sin domingos ni días festivos libres, lo que disminuía la esperanza de vida. Dicha pelea tuvo como resultado el asesinato de los insurgentes un 1 de mayo, día internacional del trabajo.

- En suma, si bien en el siglo XIX se propugna la teoría de la evolución y progreso así como la teoría política del socialismo, en el siglo XX es en donde, a través de la lucha de los titulares de estos derechos, se logra llevarlos a la práctica a veces con aciertos y otras con desaciertos pero siempre con hechos reales.
- Lo que se estipula es que, contrario a las ideas anteriores, el Estado sí debe participar de manera positiva para hacer estos derechos efectivos en lugar de abstenerse como en el Estado liberal; se dice que los derechos de primera generación sirven como frenos al ejercicio desmedido de poder(que no se torture, no se mate, no se prive de la libertad sin un debido proceso) mientras que los de segunda generación están encaminados, no a las abstenciones sino a acciones positivas por parte del poder (que se le garantice el trabajo, la educación a las personas, etc.); hay que tener en cuenta que si bien estos derechos tienen una raíz individual, como todos los Derechos Humanos, se los reclama de forma colectiva mediante las ideas socialistas que ven, además, un punto culminante en la gran depresión y la caída del capitalismo que produce un nivel de miseria generalizado porque no puede ser que toda la dignidad humana quede supeditada a un sistema económico que colapsó durante los años de la gran depresión.
- Lamentablemente y más allá de todo intento por hacer realidad no solo el reconocimiento sino el respeto, promoción y exigibilidad de estos derechos, los mismos no fueron reconocidos sino hasta después de la segunda guerra mundial en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948 (específicamente en sus artículos 22, 23, 24, 25, 26 y 27), Carta Social Europea de 1.961, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1.966, Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1.969 y Protocolo de San Salvador de 1.988 como los principales instrumentos que servirán de guía para que, en lo posterior, los Estados, llamados benefactores, incorporen dichos derechos en sus legislaciones.
- No obstante, quedó un punto sin resolver al respecto de esta segunda generación de derechos y era el hecho de que se veían supeditados a la disponibilidad de los recursos económicos necesarios para hacerlos efectivos; siendo su exigibilidad discutida por dicha razón. Ahora bien, se debe tomar en cuenta que, si bien estos

derechos de segunda generación nacieron en el contexto de las ideas socialistas y, en efecto, fueron garantizados en los regímenes totalitarios socialistas. Dicha garantía se dio mediante el atropello de los derechos de primera generación como son las libertades; por esta razón hay que ser cautos al momento de hablar de un Estado Social de Derecho y no de un régimen totalitarista que garantice los derechos sociales mediante la anulación del individuo y la supremacía del poder por encima del ser humano.

Se debe entender que los Derechos Humanos, todos, son conexos y no pueden sacrificarse unos en aras de consagrar otros o viceversa; no se puede establecer de ninguna forma una suerte de competencia entre los distintos tipos de derechos evitando los extremos (Estados donde se garantiza la libertad pero no la seguridad social entonces la gente será libre de morir de hambre o Estados en los que se garantice todos los derechos sociales pero no la libertad de pensamiento) y, para evitar este tipo de contraposiciones, la respuesta no es única. De hecho, no se la ha encontrado todavía, no obstante, en buena parte es porque estos derechos siguen en constante evolución y todavía faltan de ser entendidos por las personas como por los Estados para encontrar la manera de hacerlos posibles. Hasta aquí el contexto histórico de los derechos económicos sociales y culturales.

1.2 Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales

Antes de iniciar el análisis específico de la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, es menester revisar la idea principal que informa al presente trabajo: la reivindicación de los DESC como Derechos Humanos, no de segunda ni de primera categoría, sino como Derechos Humanos de igual jerarquía e importancia tal como lo plantea la doctrina y lo reconoce la Constitución ecuatoriana.

Primero, se debe entender que aquella denominación de los derechos civiles y políticos como de primera generación, y de los derechos económicos, sociales y culturales como de segunda; no es más que una denominación que se basaba en el desarrollo histórico de los mismos, como ya se revisó en el anterior apartado, pero que de ninguna

manera supone una diferenciación jerárquica entre ambas categorías de Derechos Humanos.

Para abordar esta afirmación, seguiremos lo que Ferrajoli explica respecto de la inexistencia de estas supuestas diferencias propugnadas por los políticos (considerados liberales) y que satanizan a la existencia misma de los DESC, desconociéndoles, inclusive, su categoría de derechos debido a la necesaria intervención del Estado mediante la asignación de recursos y estructuras que hagan posibles en realidad dichos derechos, contrario a la simple abstención necesaria para la realización de los de primera generación. El autor explica esta situación de la siguiente manera:

“En los últimos veinte años, en casi todos los países de Occidente, los derechos sociales (desde el derecho a la salud, pasando por el derecho a la educación, hasta los derechos a la subsistencia y a la asistencia social) han sido objeto de ataques y restricciones crecientes por parte de políticos considerados liberales.”⁵¹

En este sentido, el profesor Ferrajoli deja claro que las críticas han provenido de personas que no son precisamente juristas y que, además, basan su crítica en una visión retrógrada y muy básica del Estado como un simple árbitro que cuide de que las reglas del juego estén claras pero no intervenga de ninguna manera en el mismo y, afianza su observación de la siguiente forma:

“Los argumentos para sostener este singular desconocimiento del derecho positivo vigente, no por casualidad articulados por politólogos más que por juristas, son siempre los mismos: que a estos derechos les corresponden, antes que prohibiciones de lesión, obligaciones de prestación positiva, cuya satisfacción no consiste en un no hacer sino en un hacer, en cuanto tal no formalizable ni universalizable, y cuya violación, por el contrario, no consiste en actos o comportamientos sancionables o anulables sino en simples omisiones, que no resultarían coercibles ni justiciables.”⁵²

No obstante, dicha visión, que no comparto en lo absoluto, queda desecha por la realidad misma del desarrollo de la sociedad y de la humanidad en la que el Estado necesita

⁵¹ Luigi Ferrajoli. “Prólogo”, en Víctor Abramovich y Christian Courtis. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid, Editorial Trotta, segunda edición, 2.004. Pág.9.

⁵² *Ibíd.*

ser un ente más bien dinámico, vivo si se quiere, que cumpla de verdad con un rol determinante en la sociedad jurídicamente organizada y ya no solamente un “Policía” que se quede en la mera inacción a menos que haya que sancionar.

Continúa el profesor con la siguiente explicación:

“... muestran (Abramovich y Courtis) con una gran cantidad de ejemplos, cómo la diferencia entre el carácter de experiencias negativas de los derechos de libertad clásicos y aquel de expectativas positivas de los derechos sociales es sólo de grado, dado que tanto unos como otros incluyen expectativas de ambos tipos. Ciertamente, aún los derechos sociales a la salud, a la protección del medio ambiente o a la educación imponen al Estado prohibiciones de lesión de los bienes que constituyen su objeto. Y también los clásicos derechos civiles y políticos, desde la libertad de expresión del pensamiento al derecho al voto, requieren por parte de la esfera pública, no solo prohibiciones de interferencia o de impedimentos, sino también obligaciones de proveer las numerosas y complejas condiciones institucionales de su ejercicio y su tutela”⁵³

De esta forma es que sostienen los autores que no existe ninguna diferencia de estructura entre las diferentes categorías de derechos fundamentales, desestimándose el principal fundamento de las críticas planteadas por los liberales.

1.2.1 Los derechos económicos, sociales y culturales como Derechos Humanos

Una vez tratado el fundamento principal que explica la inexistente diferencia entre los derechos de segunda generación y los de primera; definiendo que ambos tipos tienen la misma importancia y jerarquía, tal como lo estipula la Constitución ecuatoriana en su artículo 11, es necesario, en este apartado, situar a los DESC en el contexto de los Derechos Humanos; revisando su importancia para el desarrollo de la dignidad humana. Para ser remitirá al documento titulado: “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Exigibles y Justiciables”, que explica:

⁵³ Ibíd. Pág. 10

“Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) son Derechos Humanos vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la alimentación, la salud, la vivienda, la seguridad social, la educación, la cultura, el agua y el medio ambiente. Vistos desde otro enfoque, los DESC pueden constituir herramientas jurídicas útiles para revertir realidades como la desnutrición; el desempleo o la precariedad laboral; los riesgos a la salud; el analfabetismo; la deserción escolar; la falta de acceso a la vivienda, al agua, a los medicamentos básicos; los desalojos o desplazamientos forzados; la marginación social; la pobreza y la desigualdad, entre otros fenómenos ampliamente extendidos que vulneran la dignidad humana.”⁵⁴

Esta es la razón de ser de los DESC y parte de su individualidad como categoría dentro de los Derechos Humanos pero, además, es necesario entender su verdadera importancia como herramientas que harían posible el cambio, así el documento citado establece lo siguiente:

“Los DESC constituyen la base esencial para la supervivencia de las personas y, en concreto, para alcanzar un nivel de vida adecuado y una vida digna en la que puedan satisfacer sus necesidades básicas y desplegar al máximo sus capacidades. Asimismo, los DESC se vinculan con otras cuestiones fundamentales, por ejemplo, se relacionan con la autonomía, en tanto que garantizan las condiciones materiales que hacen posible a cada persona el ejercicio real de sus libertades. Por otro lado, la plena realización de los DESC tiende a reducir las desigualdades y asimetrías que existen entre los miembros de la sociedad y, por lo tanto, juegan un papel clave en asegurarles una igualdad sustantiva y no meramente formal. Los DESC fortalecen también los cimientos necesarios para que todas las personas puedan participar en los diversos espacios de decisión sobre las cuestiones que les afectan, vigorizan a la democracia y evitan así que la misma sea un concepto vacío, especialmente para aquellas personas que carecen de lo indispensable para vivir con dignidad.”⁵⁵

Es esta la razón por la cual los DESC son importantes, por la cual han sido reconocidos y por la cual se debe hacer el esfuerzo de hacerlos reales; es esta, en suma, la explicación de su realidad como Derechos Humanos.

⁵⁴ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Exigibles y Justiciables. México D.F., 2.010, Pág.9.

⁵⁵ *Ibíd.*

1.2.1.1 Naturaleza jurídica de los Derechos Humanos

En esta parte, se referirá al artículo: “Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características” de Jorge Carpizo. Cabe iniciar este apartado recordando las dos posiciones más influyentes a la hora de definir la naturaleza jurídica de los Derechos Humanos, nos referimos a la perspectiva ius-positivista y a la ius-naturalista.

En esencia, lo que el positivismo jurídico expresa es que

“El orden jurídico es el que otorga la calidad de persona al ser humano, es decir, que la calidad de persona es una categoría jurídica que puede concederse, o no, por parte del ordenamiento jurídico y que, asimismo, se puede excluir de esta categoría a un ser humano o a un grupo de ellos por distintas circunstancias como el hecho de ser esclavo, de ser mujer, de ser extranjero, etc.”⁵⁶

Por otro lado, la esencia de la visión ius-naturalista supone que:

“El ser humano, por el solo hecho de existir, es persona y posee derechos y obligaciones y el Estado no puede desconocer esta situación sino que, por el contrario, lo único que realiza es el reconocimiento de este hecho y, a partir de él, se garantizan diversas series de derechos entre los cuales están los Derechos Humanos.”⁵⁷

Ahora bien, hay que recalcar que tanto en la corriente del positivismo como del naturalismo, existen varias escuelas o formas distintas de concepción aunque todas compartan, en esencia, los conceptos ya planteados; es por esto que cabe precisar que, en este punto, me adscribo al naturalismo que supera aquella explicación de que: *“la persona tiene una dignidad intrínseca por el hecho de estar en relación directa con lo absoluto”⁵⁸* y que considera que la base de los Derechos Humanos se encuentra en la dignidad de la persona y que nadie puede impedir legítimamente a otra persona el goce de esos derechos dado que: *“la persona solo puede realizarse dentro de la comunidad social y esta comunidad no tiene otro*

⁵⁶ Jorge Carpizo. “Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características”. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 25. México, 2.011. Pág.4.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Jacques Maritain. Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle. Nueva York, Editions de la Maison Francaise, 1.942. Págs. 14 y 15.

*fin que servir a la persona. El fin de la comunidad es la realización de una obra en común y ésta consiste en que cada hombre y mujer vivan como personas, es decir, con dignidad humana.*⁵⁹

Es necesario, revisar el concepto de dignidad humana para lo cual se seguirá la explicación que Humberto Nogueira Alcalá ofrece al respecto:

*“La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí misma, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarle de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad.”*⁶⁰

Asimismo, Bidart Campos sostiene que de este concepto de dignidad derivan los derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.⁶¹

En conclusión, los Derechos Humanos son:

*“El conjunto de atribuciones reconocidas en los Instrumentos Internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de la dignidad de todas las personas y, en consecuencia, que puedan consistir una existencia realmente humana desde los ámbitos más diversos, los que imbrican, como el individual, el social, el político, el económico y el cultural.”*⁶²

¿Son los Derechos Humanos derechos fundamentales?

La doctrina ha realizado una diferenciación entre estas dos categorías de derechos y, aunque cada día se acercan más los dos conceptos, es necesario anotar dicha diferencia para comprender mejor el contexto de los Derechos Humanos; de esta forma se explica que:

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Humberto Nogueira Alcalá. La Interpretación Constitucional de los Derechos Humanos. Lima, Ediciones Legales, 2.009 Págs. 11 y 14.

⁶¹ Germán Bidart Campos. Teoría General de los Derechos Humanos. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1.993. Pág.79.

⁶² *Ibíd.* Pág.13.

“la relación entre Derechos Humanos y derechos fundamentales sería que los primeros implican un mayor matiz filosófico, guardan una connotación prescriptiva y deontológica y aún no han sido objeto de recepción en el derecho positivo, mientras que los derechos fundamentales son los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el derecho positivo de los Estados y, para algunos autores, por el derecho internacional de los Derechos Humanos.”⁶³

Para terminar este apartado, revisaremos de forma breve las características de los Derechos Humanos que son⁶⁴:

Universalidad: La universalidad significa que todo ser humano posee una serie de derechos independientemente del país en que haya nacido o habite; no son un asunto de Estado sino de la Comunidad Internacional no obstante, la universalidad, no supone uniformidad debido a que el Constituyente de cada Estado debe tomar en cuenta factores extrajurídicos como la cultura e idiosincrasia nacional al momento de formularlos.

Historicidad: La historicidad supone que el desarrollo y reconocimiento de los Derechos Humanos y su contenido es, en buena parte, resultado de la historia universal y de la civilización y, en consecuencia, sujeto a evolución y modificación y que se precisan derechos por la existencia de necesidades que con anterioridad no existían o protegerlos no revestía mayor importancia.

Progresividad: La característica de progresividad implica que su concepción y protección nacional, regional e internacional se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo que se refiere al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control.

Aspecto protector: El aspecto protector estriba en que se ampara a toda persona humana, en virtud de que hasta el más poderoso puede llegar a necesitarlo, incluso se ha llegado sostener que los Derechos Humanos no deben proteger solo a la persona sino también a la comunidad nacional.

⁶³ Ibíd. Pág. 14.

⁶⁴ Ibíd. Págs. 17 - 23

Indivisibilidad: La característica de indivisibilidad implica que todos los derechos ya sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o colectivos, forman una unidad y todos son necesarios para la realización de la persona humana; esta característica no tiene que ver con el grado de jerarquía entre los derechos.

Eficacia directa: La característica de eficacia directa significa que los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales ratificados por un Estado vinculan obligatoriamente a todos los poderes públicos así como a autoridades, grupos y personas y para ello no es necesario que una ley desarrolle los alcances de ese derecho humano, aún en el supuesto de que la Constitución señale la existencia de esa ley.

1.2.1.2 ¿Derechos reales o personales?

En el presente apartado, se hará referencia a la clasificación tradicional de los derechos dentro de la Teoría General del Derecho para, de esta manera, poder ubicar a los Derechos Humanos en este contexto, con base en la obra “Introducción al Derecho” de Monroy Cabra, se realizará una breve aproximación a estos conceptos.

Los derechos reales son conceptualizados como: *“un poder de una persona sobre una cosa que supone una relación de derecho entre el titular del derecho y todas las demás personas obligadas a respetar su derecho”*.⁶⁵

Los derechos personales, por su parte, son conceptualizados como: *“la facultad que tiene una persona, denominada acreedora, para exigir de otra, que se llama deudora, el cumplimiento de un deber jurídico”*.⁶⁶

En conclusión, los Derechos Humanos, desde su concepción, no corresponden a ninguna de estas dos categorías ya que se apartan de estas conceptualizaciones caducas y plantean una nueva visión del Derecho y los derechos que supera la tradicional civilista; no obstante y para demostrar que la esencia de la importancia de los Derechos Humanos, de alguna manera si fue motivo de preocupación por parte de los antiguos tratadistas, se hará

⁶⁵ *Ibíd.* Pág. 318.

⁶⁶ *Ibíd.*

una referencia a una categoría de derechos subjetivos conocida como derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad, también conocidos como derechos personalísimos, son conceptualizados como:

*“derechos subjetivos en los que hay identificación entre el sujeto y el objeto, ya que se trata de manifestaciones materiales o espirituales de la persona, objetivadas por el orden normativo y con carácter de bienes jurídicos; sus características son: innatos, vitalicios, necesarios, esenciales, inseparables de la persona, inherentes, extrapatrimoniales, indisponibles, intransmisibles, irrenunciables, inajenables, inembargables, imprescriptibles, insubrogables, absolutos y autónomos”.*⁶⁷

De esta manera, se encuentra que el concepto de la doctrina tradicional que más se acerca al de los Derechos Humanos es el de derechos de la personalidad que, no obstante, no es suficiente en su conceptualización porque, al ser parte de los derechos subjetivos, están limitados a que sean reconocidos por una norma para existir; algo que es inconcebible con la esencia de los Derechos Humanos.

De este breve análisis concluimos que los Derechos Humanos, a pesar de tener como un antecedente remoto a los derechos de la personalidad, no corresponden a ninguna de las clasificaciones tradicionales de la Teoría General del Derecho y que, por tanto, no son ni derechos reales ni personales sino que, por el contrario, tienen su propia naturaleza y forman una categoría independiente de todas las demás.

1.2.1.3 ¿Derechos o garantías?

Para responder a esta interrogante, existen dos posibilidades: una desde el punto de vista puramente semántico o de nomenclatura y la segunda desde un punto de vista conceptual.

Desde la perspectiva de la nomenclatura, cabe recordar que los Derechos Humanos han sido denominados con diferentes nombres a lo largo de la historia como por ejemplo:

⁶⁷ Ibíd. Pág.316.

derechos del hombre y del ciudadano, garantías individuales o sociales, derechos naturales, derechos innatos, derechos esenciales, libertades públicas, derechos de la persona humana, derechos públicos subjetivos y derechos fundamentales. Sin embargo, la diferencia entre estos distintos nombres no es de fondo y responden a la época en que fueron acuñados; en otras palabras, los Derechos Humanos fueron llamados garantías en su momento y no por ello cambiaron su naturaleza jurídica. No obstante, en este punto, predomina la diferencia de tipo conceptual, con base en la que se propone que los Derechos Humanos no son, en estricto sentido, garantías a pesar de que, incluso, en nuestra Constitución existe un uso indistinto de ambos términos.

La diferencia que se plantea es de tipo conceptual y se refiere a las garantías jurisdiccionales, que son medios a través de los cuales se buscará hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos; la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) conceptualiza a dichas garantías en su artículo 6 que, en la parte pertinente, dispone:

Art. 6.- Finalidad de las garantías- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.

De la lectura de este artículo, se puede concluir los tres objetivos de esta clase de garantías: protección eficaz e inmediata de los derechos, declaración de su violación y reparación integral de los daños causados por dicha violación; todo esto realizable por y ante autoridad jurisdiccional tal como su nombre lo indica. En consecuencia, se puede decir que, si bien la relación entre derechos y garantías, es grande, no son lo mismo pues existe una relación de fin y medio, en donde los derechos son el fin y las garantías el medio para llegar al fin. Se hace énfasis en dicha diferenciación debido a que las garantías jurisdiccionales son, precisamente, mecanismos de exigibilidad de los derechos.

1.2.2 Concepto de los derechos económicos, sociales y culturales

Este apartado se servirá del pensamiento de Humberto Nogueira Alcalá, recogido en su artículo: “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”⁶⁸, que servirá como base para dilucidar el concepto de DESC que, aunque ya ha sido abordado brevemente en instancias anteriores de este trabajo, es necesario precisar a continuación.

En relación a la conceptualización de este tipo de derechos, el autor parte del hecho de que los DESC son el resultado de la evolución del Estado Social y Democrático de Derecho o de la corriente conocida como Constitucionalismo Social de Posguerra, ya que supuso una imbricación diferente entre principios generales de la organización constitucional del Estado y garantías de los derechos fundamentales. Los derechos económicos, sociales y culturales, inexistentes en el Estado Liberal, vienen a complementar los derechos individuales civiles y políticos, enriqueciendo la dignidad y el desarrollo de la persona humana; en el Estado del constitucionalismo social, los derechos económicos, sociales y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de igual dignidad e igualdad substantiva básica de todos los seres humanos. Esto implica necesariamente la existencia de un Estado activo promotor del bien común y regulador del proceso económico social, proceso antes entregado a las fuerzas del libre mercado y a la sola iniciativa privada. En la nueva perspectiva del Estado Social, se asume la necesidad de brindar a la población un mínimo básico de bienestar que se compromete a entregar el Estado a través de prestaciones positivas de hacer respecto de las personas en salud, educación, condiciones laborales, seguridad social, sindicación, entre otras materias. Es decir:

“Se da un salto desde la mera liberalidad y el proteccionismo del derecho de propiedad mediante la casi sagrada posición del respeto a la ley, para determinar un activo papel del Estado como gestor y promotor del desarrollo equitativo de su ciudadanía, como el llamado directo a hacer realidad las disposiciones constitucionales que bregan por la consecución de condiciones justas para todos y todas quienes desarrollan su vida en dichos Estados; cabe recalcar que la existencia de este modelo de Estado no se encuentra supeditada a

⁶⁸ Humberto Nogueira Alcalá. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales Efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano” en Estudios Constitucionales. Año 7, N° 2, 2.009. Págs. 143-205.

*establecerla taxativamente en el texto de la Constitución sino que basta que el ordenamiento jurídico tenga como principio general el de proteger y promover dichos derechos para poder referirnos a un Estado Social y Democrático de Derecho sin que la norma fundamental así lo bautice formalmente.*⁶⁹

Parte de entender el concepto de los DESC es, precisamente, comprender su caracterización de indivisibles e interdependientes con los derechos civiles y políticos dado que los derechos económicos, sociales y culturales conforman, junto con los derechos individuales y políticos, los soportes básicos del sistema de derechos fundamentales y todos ellos constituyen derivaciones de la dignidad intrínseca de la persona humana y se fundamentan en ella, tal como se explicó en el inicio de este capítulo.

Al respecto, la Declaración de Quito del 24 de julio de 1998, establece en su preámbulo:

"... Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), al igual que los civiles y políticos, son parte indisoluble de los Derechos Humanos y del derecho internacional de los Derechos Humanos, tal como constan en la Declaración Universal, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, la Declaración sobre garantías sociales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el protocolo Facultativo de San Salvador".

En consecuencia, queda claro que los DESC o derechos de segunda generación y los de primera generación, es decir, los civiles y políticos, son necesariamente complementarios al momento de buscar la igualdad material entre los actores sociales, asimismo, se establece el papel fundamental del Estado a la hora de proteger, reconocer y hacer efectivos dichos derechos, determinándose especialmente dos tipos de obligaciones al respecto, que son:

- **La obligación de conducta**, tanto activa como pasiva, señala un determinado comportamiento que debe ser realizado por el Estado parte y todos sus órganos y autoridades de realizar determinadas acciones o de abstenerse de ellas. Como por ejemplo el hecho de que los agentes y autoridades del Estado no pueden desarrollar acciones discriminatorias respecto del ejercicio del derecho al trabajo por hombres y mujeres o deben abstenerse de afectar la prohibición de trabajo infantil.

⁶⁹ *Ibíd.*

- **La obligación de resultado** que tiene relación con el cumplimiento de determinados objetivos, como la eliminación de situaciones de hambre de la población, de prevención de epidemias el de establecimiento de remuneraciones justas, el de respetar el derecho de sindicación y de libertad de asociación sindical, modificar el ordenamiento jurídico interno para efectivizar las obligaciones convencionales, diagnosticar el estado de cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos sociales y desarrollar una estrategia destinada a concretarlos, asegurar acciones judiciales y recursos administrativos destinadas a garantizar los derechos sociales, los cuales sean accesibles, idóneos, rápidos, eficaces; dotar de sustantividad procesal a los derechos colectivos y los derechos difusos.

Respecto al objeto de los DESC; el objeto de un derecho social fundamental puede ser tanto una acción (caso de un derecho prestacional, de un derecho de protección o de acceso a la jurisdicción) como una omisión (en caso de un derecho de defensa) por parte del obligado; para el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales, el Estado puede utilizar como instrumento la realización de una acción fáctica o una acción normativa, estableciendo obligaciones generales que posibilitan indemnizaciones laborales, vacaciones laborales, derechos de pre y post parto con remuneraciones, por ejemplo. No obstante, el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones correlativas frente a los derechos sociales fundamentales dependen de las posibilidades jurídicas y fácticas de realización de las exigencias demandadas por el titular del derecho fundamental que debe ser asegurado, garantizado y promovido, lo que debe ser argumentado.

“El Estado tiene así una doble función respecto de los derechos sociales, tiene el deber de respetar las obligaciones que generan los derechos y los límites que ellos aseguran, como la obligación de promoverlos, vale decir, de eliminar los obstáculos que impidan su realización efectiva con todos los medios de que dispone; a su vez, los miembros de la sociedad en sus relaciones de derecho privado quedan también vinculados por el respeto, promoción y no discriminación en materia de derechos sociales fundamentales.”⁷⁰(El subrayado es mío)

Es en esta parte donde la falla es mayor; ya mucho se ha tratado respecto de las obligaciones estatales alrededor de los DESC pero poco o nada se ha dicho respecto del rol

⁷⁰ Ibíd.

de la ciudadanía en cuanto la realización y cumplimiento de estos derechos; es por esto que en el capítulo cuarto se tratará de explicar la visión del autor respecto de la corresponsabilidad alrededor de los DESC pero que las personas, en su afán de requerir del Estado el respeto promoción, protección y reconocimiento, olvidan.

1.2.2.1 La obligación de progresividad

Este apartado se ceñirá a lo estipulado por Víctor Abramovich y Christian Courtis en su obra: “Los derechos sociales como derechos exigibles” en la que analizan las diferentes obligaciones que corresponde cumplir a los Estados en materia de DESC y que son varias, no obstante, se analizarán la obligación de progresividad y la consecuente prohibición de regresividad por ser la más relevante en este caso.

Cabe iniciar diciendo que esta obligación no está contenida exclusivamente en el PIDESC sino que es común a otros instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26) y el Protocolo de San Salvador (art.1).

Así tenemos que el art 2.1 des PIDESC establece que:

“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (El subrayado es mío)

Una vez revisada la norma expresa en que se contiene esta obligación de progresividad en materia de DESC, cabe revisar su concepto, nos explican al respecto los autores que el mismo tiene dos sentidos complementarios: *“por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad y,*

*por otro, el sentido de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC*⁷¹

No obstante dichas dimensiones del concepto de progresividad, que podrían interpretarse de forma que afecten el verdadero desarrollo de los DESC al verse limitados a los recursos disponibles, no lo afectan en esencia, así lo ha dicho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 3:

“El concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un corto período de tiempo (...) sin embargo el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales.”

De la obligación estatal de implementación progresiva de los DESC, podemos extraer algunas obligaciones concretas, posibles de ser sometidas a revisión judicial en caso de incumplimiento, de todas estas, la principal es:

OBLIGACIÓN DE NO REGRESIVIDAD

La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de NO REGRESIVIDAD, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva.⁷²

Ahora bien, esta obligación supone, asimismo, *“la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes. La*

⁷¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2.002. Pág. 93.

⁷² *Ibíd.* Pág. 94.

*obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido.*⁷³

En otras palabras, el Estado no solo que se ve obligado al desarrollo progresivo de los DESC sino que, al mismo tiempo, se ve obligado a prohibir todo acto que pueda resultar lesivo o restrictivo de los DESC que ya se encontraban reconocidos al momento de adoptar el tratado; vemos aquí una doble arista respecto del cumplimiento de la progresividad; inclusive el Comité se ha pronunciado en el sentido de que *“cualquier medida deliberadamente regresiva deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el pacto y en el contexto del aprovechamiento máximo de los recursos de que se dispone.”*⁷⁴

En consecuencia, la importancia de la obligación de progresividad es fundamental dado que supone la posibilidad cierta de reclamo judicial, volviendo real la justiciabilidad de los DESC, desvirtuando aquella visión que entiende a los DESC como simples directivas de política pública dirigidas a los poderes políticos y reafirmando su categoría de Derechos Humanos.

En palabras de los autores citados:

*“La obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados internacionales de Derechos Humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los Poderes Legislativo y Judicial a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población.”*⁷⁵

En conclusión, de darse una omisión de esta obligación por parte de cualquiera de los dos poderes citados, su responsabilidad es clara y, definitivamente, se podría solicitar declararla ante los tribunales o cortes competentes; he ahí la demostración de la justiciabilidad de los DESC.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Observación General No. 3, punto 9.

⁷⁵ Víctor Abramovich y Christian Courtis. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2.002. Pág. 95.

1.2.2.2 Características de los DESC

Las principales características de los derechos económicos, sociales y culturales, son las siguientes:

- Debido a que forman parte de los Derechos Humanos, comparten, asimismo, sus características de universalidad, inalienabilidad, inembargabilidad, irrenunciabilidad, integralidad, interdependencia e indivisibilidad.
- Requieren una mayor acción positiva del Estado, o un estudio más profundo desde la formación e implementación de las políticas públicas; no obstante, ello no alcanza para justificar su desconocimiento como Derechos Humanos exigibles. Parte fundamental al momento de interpretar y aplicar una norma referente a los DESC es el principio pro-persona.
- Tienen una doble dimensión: pública y privada, es decir, son de y para la sociedad, se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente al ser humano; la dimensión colectiva o pública obliga a readecuar algunas de las características, y la evolución jurídica permite identificar el principio pro sociedad, que da respuesta al aspecto colectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Este principio pro sociedad representa la evolución progresiva del principio pro persona cuando los derechos se interpretan en clave social.
- Cada Estado debe garantizar de acuerdo a sus posibilidades socioeconómicas, programas para avanzar de manera constante y gradual a la realización completa de estos derechos, encontrándose además obligado al respeto de los derechos económicos, sociales y culturales independientemente de su nivel de desarrollo económico por lo que deben incluir el reconocimiento de estos derechos dentro de su ordenamiento jurídico así como proveer de mecanismos adecuados, para hacerlos justiciables.
- Su exigibilidad (así como la de todos los Derechos Humanos) debe ser siempre mayor que a nivel internacional: a las obligaciones internacionales se suman los derechos y mecanismos que consagra la Constitución nacional, las leyes internas y otras normas vigentes dentro del país; y así como un Estado no puede alegar su derecho interno para incumplir con una obligación internacional, nada de lo dispuesto en una norma internacional de Derechos Humanos puede ser interpretado en el

sentido de menoscabar la protección mayor de un derecho en virtud de otra norma internacional o del derecho interno.

1.2.3 Principales críticas a la naturaleza jurídica de los DESC

En este apartado, se realizará una breve revisión de las principales críticas sobre la percepción teórica de los derechos económicos, sociales y culturales⁷⁶; para este objeto se seguirá el modelo establecido por Gerardo Pisarello en su obra: “Los derechos sociales y sus garantías”.

1.2.3.1 La crítica de la percepción dominante de los derechos sociales como presupuesto para su reconstrucción garantista y democrática

Tal como se ha mencionado anteriormente, los derechos económicos, sociales y culturales o derechos sociales, han sido tradicionalmente desvalorizados en cuanto a su categorización de derechos fundamentales y relegados a un segundo plano en relación con los civiles y políticos.

Es necesario partir de un hecho irrefutable que es que: *“en la medida en que los bienes que protegen tienen que ver con la supervivencia y con el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la libertad o de la autonomía, la reivindicación de derechos sociales interesa potencialmente a todas las personas”*⁷⁷ y, por tanto, su exigibilidad es de interés generalizado sobre todo para aquellas personas que propugnan en la igualdad y más aún para los Estados que consagran principio democráticos como es el caso del Estado ecuatoriano.

⁷⁶ Cabe aclarar en este punto que, durante todo este apartado, en donde se lea derechos sociales, se debe entender derechos económicos, sociales y culturales en su conjunto. La distinta nomenclatura nace de la visión con que se trate el tema sea desde el Derecho Internacional o desde el Derecho Constitucional o la filosofía política y jurídica, no obstante, en este punto la diferenciación es innecesaria.

⁷⁷ Gerardo Pisarello. Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción. Madrid, Editorial Trotta, 2.007. Pág.11.

En términos de justicia redistributiva, podemos entender esta problemática de la manera siguiente:

“El grado de satisfacción de los derechos sociales, sobre todo en las zonas privilegiadas del planeta, ha estado a menudo ligado a las asimétricas relaciones de poder existentes entre los países y zonas centrales y los países y regiones periféricos. El acceso, en consecuencia, de los habitantes de los países ricos a niveles crecientes de consumo, incluso bajo la forma de derechos, ha tenido lugar, en parte, al precio del empobrecimiento de los pueblos y regiones más vulnerables y de la negación de derechos básicos a las generaciones futuras”⁷⁸

La realidad internacional nos demuestra que lo que se ha dado no es sino “un regreso a los principios inspiradores del liberalismo fundado, entre otros elementos, en la restauración del carácter tendencialmente absoluto de los derechos de propiedad y libertades de mercado”⁷⁹ en contraposición a la dignidad humana misma y la consecuencia clara de esto no ha sido otra que el vaciamiento normativo de los derechos sociales pese a su reconocimiento positivo formal lo que, a su vez, ha debilitado su eficacia vinculante y, por tanto, su exigibilidad; mermando los principios democráticos. Cabe mencionar que la situación antes revisada se ha dado en todos los modelos de Estados siendo más grave la situación en los Estados Sociales que: *“lejos de convertirse en auténticos estados sociales constitucionales, han operado a menudo como simples estados legislativos y administrativos residuales, preñados de elementos autoritarios y orientados, entre otros aspectos, a disciplinar la pobreza y asegurar el “orden” y la “seguridad pública”* ⁸⁰; es decir, se han convertido en simples guardianes de la desigualdad sin que existan verdaderos esfuerzos por garantizar el mejor acceso a derechos sino que se han quedado en la simple formalidad de la consagración constitucional de los principios que no entienden ni cumplen.

Ahora bien, debemos tomar en cuenta que más allá de que las garantías normativas y administrativas de los derechos sociales poco o nada han podido hacer frente a los mecanismos de tutela de los derechos patrimoniales, las garantías jurisdiccionales tampoco han ayudado a cambiar esta realidad cuya razón principal es: *“ la porfiada vigencia, entre los operadores jurídicos, de la tesis de los derechos sociales como meros principios rectores o como*

⁷⁸ Ibíd. Pág.12

⁷⁹ Ibíd. Pág.13.

⁸⁰ Ibíd.

*cláusulas programáticas, o la idea de que los órganos jurisdiccionales nada pueden -ni deben- hacer para garantizarlos*⁸¹

Una vez introducido el tema, lo que se buscará es sistematizar las diferentes críticas que se han hecho a la percepción de los derechos sociales desde el discurso técnico-jurídico y los prejuicios ideológicos en que se fundamentan; cabe mencionar que las diferentes tesis que se analizan no son de dominio exclusivo de un autor o corriente de pensamiento específica.

Las tesis a revisar son:

- **Histórica:** los derechos sociales serían, conforme a ella, derechos de segunda o tercera generación; cronológicamente posteriores a los llamados civiles y políticos.
- **Normativa:** en virtud de la misma, el fundamento inmediato de los derechos civiles y políticos sería el principio de dignidad de la persona. Los derechos sociales, por su parte, sólo estarían ligados de manera indirecta y atemperada a ese valor, lo que justificaría una tutela debilitada. Escoger entre uno u otros derechos, en definitiva, equivaldría a pronunciarse de manera prioritaria por algunos valores en juego: igualdad o seguridad; igualdad o libertad; igualdad o diversidad.
- **Teórica:** al contrario de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos, los derechos sociales llevarían grabado un código genético –el de ser derechos prestacionales, caros, de indeterminada configuración y de incidencia colectiva- que dificulta su tutela.
- **Dogmática – Jurídica:** los derechos sociales no serían derechos fundamentales ni derechos judicialmente exigibles, sino simples principios programáticos cuya operatividad quedaría supeditada a la libre configuración del legislador de turno.

⁸¹ *Ibíd.* Pág.14.

1.2.3.2 La crítica de la percepción histórica: La tesis de los derechos sociales como derechos generacionalmente posteriores a los derechos civiles y políticos

Conforme a esta tesis, los derechos sociales serían los que vinieron después de los civiles y políticos o, en términos más funcionalistas, los que vendrán una vez que los derechos civiles y políticos, incluidos los patrimoniales, sean satisfechos⁸². Según las lecturas generacionales clásicas, los derechos sociales serían derechos tardíos, que se reconocieron en la segunda mitad del siglo XX, una vez satisfechos los derechos civiles y políticos; no obstante, la historia moderna de los derechos sociales se inscribe en un “largo siglo” que comienza con las grandes revoluciones sociales de mediados del siglo XIX y se extiende de manera vigorosa en el último tercio de ese siglo; estabilizándose tras la segunda posguerra del siglo XX.⁸³

Podemos en este punto hablar de una cierta prehistoria de los derechos sociales que se remonta a mucho antes del surgimiento del Estado moderno y guarda cierta familiaridad con algunas reivindicaciones contemporáneas en materia de derechos sociales. Tanto en la antigüedad como en el medioevo, en efecto, existieron diferentes mecanismos institucionales, aunque no necesariamente estatales, orientados a paliar situaciones extendidas de pobreza y a asistir a los colectivos más necesitados mientras que otras veces, en cambio, el objetivo de estas políticas sociales era resolver de manera autoritaria situaciones de exclusión, disciplinando a las clases más vulnerables y obligándolas a reincorporarse a relaciones de explotación laboral.⁸⁴

1.2.3.3 La crítica de la percepción filosófico-normativa: La tesis de los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos

Cuando de la perspectiva histórica, que ofrece la tesis de las generaciones, se pasa a la perspectiva filosófico-normativa referida a la fundamentación de los derechos sociales, la imagen más difundida suele ser la que les asigna una posición subalterna, en términos

⁸² *Ibíd.* Pág.19.

⁸³ *Ibíd.* Pág. 19-20.

⁸⁴ *Ibíd.* Pág.20.

axiológicos, respecto de los derechos civiles y políticos clásicos; aceptado este ligamen, de lo que se trataría en el fondo es de optar: se está con los derechos civiles y políticos, y se coloca en un segundo nivel de prioridades la satisfacción de la igualdad, o se está con los derechos sociales, y es la garantía de las libertades, de la seguridad y del pluralismo la que resulta relegada⁸⁵. No obstante, cabe recalcar que la fundamentalidad axiológica de todos los derechos remite al principio de igualdad de todas las personas, razón por la cual no deberían hacerse diferenciaciones y menos aún debería escogerse el respeto de uno u otro grupo de derechos en desmedro del otro. En conclusión:

“Por lo que aquí respecta, y frente a la tesis que reconduce las diferentes categorías de derechos a un fundamento axiológico exclusivo y excluyente, se podría defender que todos los derechos civiles, políticos y sociales, pueden fundamentarse, en realidad, en la igual satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas y, con ello, en su igual dignidad, libertad, seguridad y diversidad”⁸⁶

1.2.3.4 La crítica de la percepción teórica: La tesis de los derechos sociales como derechos estructuralmente distintos a los derechos civiles y políticos.

Los derechos sociales, según esta percepción teórica, no serían derechos y quedarían reducidos a simple buenas intenciones que se cumplirán solamente si los recursos económicos lo permiten de manera razonable; se los relega al capital cuando, de hecho, son necesidades básicas de los seres humanos. No obstante, se debe tener claro que: ni los derechos civiles y políticos pueden caracterizarse sólo como derechos negativos, de abstención, ni los derechos sociales actúan como derechos positivos, de prestación⁸⁷ sino que ambas posibilidades, en mayor o menor grado son compartidas por ambas clases de derechos.

Esto se demuestra en el hecho de que todos los derechos civiles y políticos, en definitiva, entrañan, al igual que los derechos sociales, una cierta dimensión distributiva. Su satisfacción exige la asignación de subvenciones, ayudas, espacios públicos y recursos financieros, humanos y técnicos que permitan a las personas expresarse, asociarse o

⁸⁵ Ibíd. Pág.37.

⁸⁶ Ibíd.

⁸⁷ Ibíd. Pág.60.

practicar sus creencias religiosas; es más, existen obligaciones positivas vinculadas a la satisfacción de derechos civiles, políticos y sociales que tienen que ver no con prestaciones fácticas, sino con prestaciones normativas, como el dictado de una ley, un reglamento o, simplemente, de un marco regulatorio que garantice la seguridad jurídica en el disfrute del derecho.⁸⁸

En este orden de cosas, debemos tener en cuenta que todos los derechos comportan, en realidad, un amplio abanico de obligaciones exigibles ante los poderes públicos: desde obligaciones negativas de respeto hasta las obligaciones positivas de promoción y satisfacción, pasando por obligaciones de protección frente a vulneraciones provenientes de particulares y actores privados⁸⁹; las mismas obligaciones son compartidas por todos los derechos sin importar la clase a la que pertenezcan, claro que las mismas son diferentes.

1.2.3.5 La crítica de la percepción dogmática: La tesis de los derechos sociales como derechos de tutela debilitada en relación con los derechos civiles y políticos.

La formulación más común de esta concepción es la de los derechos sociales como derechos no fundamentales, lo que se pretende decir es que no cuentan con garantías o mecanismos de protección similares a los que se asignan a los derechos civiles y políticos. Por un lado, los derechos sociales, a diferencia de los derechos “en serio”, son derechos de libre configuración legislativa, esto es, que su realización depende de lo que el legislador de turno decida hacer o no hacer con ellos, sin que puedan imponérsele mayores límites o vínculos al respecto; en segundo lugar, que no son derechos justiciables, es decir, que no pueden ser invocados ante un tribunal más o menos independiente con el objeto que éste establezca medidas de reparación ante su violación por parte de los órganos políticos o de otros particulares.⁹⁰

Ante esto, no cabe sino comprender que los derechos sociales, en la medida en que son reconocidos en constituciones y tratados internacionales, son tan fundamentales como los derechos civiles y políticos y gozan, en consecuencia, de mecanismos potencialmente

⁸⁸ *Ibíd.* Págs.60-61.

⁸⁹ *Ibíd.* Pág.62.

⁹⁰ *Ibíd.* Pág.79.

equivalentes de tutela, incluidos los de tipo jurisdiccional, es decir, que son tan derechos como los civiles o políticos.

1.2.4 Derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

En este apartado, se definirá cuáles son los DESC reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; para esto se revisará el concepto de bloque de constitucionalidad, se definirá cuál es el bloque de constitucionalidad ecuatoriano y cuáles normas de dicho bloque son las pertinentes para la temática de esta disertación.

1.2.4.1 ¿Qué es el bloque de constitucionalidad?

Para mejor comprender esta institución jurídica es menester revisar sus orígenes, los cuales los encontramos en el Derecho Francés mediante un esfuerzo de carácter doctrinal en el cual, la decisión del Consejo Constitucional de 16 de Julio de 1.971, incorpora a su Constitución Nacional: la Declaración de Derechos del Hombre de 1.879 y el preámbulo de la Carta de 1.946; la motivación de esta decisión no fue otra que establecer de forma diáfana la naturaleza y fuerza constitucional de los derechos fundamentales no incluidos de manera expresa en la Constitución Francesa vigente.⁹¹ Para Ferrajoli:

“Todo comienza con el rompimiento de varios paradigmas, iniciando por las condiciones de validez de las normas que dejan de ser dimensionadas únicamente de manera formal, otorgándoles un sentido material o sustancial, en otras palabras, la validez de una norma no solo dependerá del procedimiento para su creación sino de la observancia y correspondencia de sus contenidos y la armonía que guarde con los valores, principios y reglas manifestados en la Constitución.”⁹²

El distinguir que la Constitución no se encuentra únicamente conformada por reglas es una consecuencia directa de concebir a la norma fundamental como un cuerpo complejo e interdisciplinario en el que coexisten distintos valores y principios que guían la aplicación

⁹¹ Carlos Colmenares. Bloque de constitucionalidad en materia procesal civil, en XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Universidad Libre, 2.005. Págs. 167-168.

⁹² Luigi Ferrajoli. “La Democracia Constitucional”, en Christian Courtis (comp.). Desde otra mirada. Buenos Aires, Eudeba, 2.001, Págs .261-262.

de sus contenidos y, por tanto, de todo el sistema jurídico que debe guardarle sujeción necesariamente; no obstante, si bien la Constitución es suprema como resultado de la voluntad ciudadana, dicha supremacía no puede violentar o transgredir el contenido esencial de los derechos fundamentales de su propio titular, reconociendo su dignidad como un elemento superior y anterior al Estado.⁹³

De conformidad a esta concepción, de lo que se trata es de reconocer a los derechos fundamentales como superiores al Estado y a cualquiera de sus normas (lo que encierra la naturaleza de un Estado Constitucional), basados en el principio pro homine que exige a los operadores jurídicos que, en cualquier caso y en toda circunstancia, deberán aplicar la disposición que más favorezca a la vigencia de los Derechos Humanos.

Para Germán Bidart Campos: *“El bloque puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales”*⁹⁴

Por otro lado, autores españoles hacen una diferencia entre bloque constitucional y bloque de constitucionalidad, dotando al primero de una naturaleza normativa representada como una cláusula abierta que dirige a otras disposiciones, mientras que al segundo le otorgan una función procesal como la suma de normas que, en conjunto, se dirigen a un mismo fin.⁹⁵

Una vez revisados todos estos conceptos, podemos adherirnos a la conclusión de Alberto Caicedo que conceptualiza al bloque de la siguiente manera:

“El instituto jurídico que integra los valores, principios y reglas del sistema jurídico, que no se encuentran en el articulado de la Constitución, los cuales se desprenden por medio de cláusulas de remisión establecidas en el cuerpo constitucional; como resultado, nuevos

⁹³ Alberto Caicedo. “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución” en Derecho Constitucional Andino. Revista de Derecho UASB, No.12, Quito, 2.009. Pág.6.

⁹⁴ Germán Bidart Campos. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires, Ediar, 1.995, Pág. 265-267.

⁹⁵ Paloma Requejo. Bloque constitucional y comunidades autónomas, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No.22, Madrid, 1.998, Págs.117-122.

valores y principios se entienden anexados al texto constitucional con igual fuerza normativa, en un sentido sustancial en aplicación inmediata y directa del principio pro ser humano”.⁹⁶

1.2.4.2 ¿Cuál es el bloque de constitucionalidad ecuatoriano?

Para responder a esta pregunta, es necesario revisar los orígenes de la aplicación de esta institución jurídica en el ordenamiento ecuatoriano para, posteriormente, comprender de qué normas se constituye y, finalmente, cuáles de esas normas son las pertinentes en el desarrollo de esta disertación.

En este orden de cosas, cabe decir que dicha institución apareció recientemente en el Ecuador, donde fue desarrollada jurisprudencialmente en algunos fallos de diversos órganos con la entonces vigente codificación del año 1998 y en fallos de la Corte Constitucional, ya con la Constitución del año 2008; esto es verificable con el análisis de resoluciones y sentencias que en su conjunto, y bajo un tratamiento irregular, en primer orden otorgan preponderancia a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que preveían un tratamiento más favorable a la persona humana. Sin embargo, no mencionan de forma expresa al bloque de constitucionalidad como institución jurídica.⁹⁷

En un segundo orden más sistemático, mencionan expresamente esta institución y, en sus razonamientos, la definen como: *“En esencia significa que los Estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía”*.⁹⁸

Esta obligatoriedad de cumplimiento del soft law es introducida por la Constitución ecuatoriana de 2.008, principalmente, en los siguientes artículos:

Art. 10.- *Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.*

⁹⁶ Alberto Caicedo. “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución” en Derecho Constitucional Andino. Revista de Derecho UASB, No.12, Quito, 2.009. Pág.8.

⁹⁷ Resolución 0002-2005-TC, Tribunal Constitucional, R.O. 382-S, 23-X-2006.

⁹⁸ Resolución 001-2004-DI, Tribunal Constitucional, R.O. 374, 9-VII-2004.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento

Art. 426.- *Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.*

De la lectura de los artículos anteriormente citados, no queda duda de que la institución del bloque de constitucionalidad está claramente recogida en nuestra norma fundamental más allá de que no se la mencione expresamente ya que su contenido y concepto se desprenden de los textos analizados.

Ahora bien, una vez demostrada la existencia positiva de la institución, cabe preguntarse cuál es su contenido; ante esto contamos con una dificultad:

“El contenido del bloque de constitucionalidad varía dependiendo de la remisión que la propia Constitución realice; sin embargo, existe cierto consenso en la doctrina que, en primera instancia, este instituto existe sin necesidad de reconocimiento expreso por los órganos jurisdiccionales nacionales, en especial cuando se trate de integrar instrumentos internacionales de Derechos Humanos”⁹⁹

⁹⁹ Alberto Caicedo. “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución” en Derecho Constitucional Andino. Revista de Derecho UASB, No.12, Quito, 2.009. Pág. 8.

El reconocimiento del bloque de constitucionalidad implica, a nivel internacional, en forma restringida, la obligatoriedad de la normativa supranacional ratificada o suscrita por los Estados; reconocimiento que no es excusable por el establecimiento de normativa interna en sentido contrario, en sometimiento al principio *pacta sunt servanda*.¹⁰⁰

Junto con Caicedo, podemos decir que:

*“El bloque de constitucionalidad ecuatoriano es un instituto jurídico adoptado jurisprudencialmente, integrado por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que desarrollan, en forma progresiva, los valores, principios y reglas de la Constitución. Como elementos de la anterior definición podemos rescatar su naturaleza jurisprudencial, puesto que no consta de manera expresa o tácita en ninguna norma en sentido estricto, sino de su adopción tanto de la jurisprudencia internacional y comparada. Acerca de lo cual es necesario aclarar que el bloque constitucional ecuatoriano es uno solo, tanto en su parte formal como sustancial, por lo cual no cabe su distinción en sentido lato y en sentido estricto”*¹⁰¹

Al afirmar que se encuentra conformado por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, nos referimos a cualquier precepto jurídico, independientemente que pertenezca al *soft law* (*no vinculante*) o *hard law* (*vinculante*), sin embargo, de lo cual podemos prever que su alcance puede ser mayor, incluyendo normas de carácter consuetudinario, no necesariamente escritas.¹⁰²

¹⁰⁰ Rafael Oyarte. Curso de Derecho Constitucional. Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2.007, Pág. 122: “... el principio *pacta sunt servanda* por el cual los Estados no pueden esgrimir normas de derecho interno –ni aún en la propia Constitución– para desconocer compromisos internacionales, que aunque positivizado no deja de ser tal”.

¹⁰¹ *Ibíd.* Pág.18.

¹⁰² *Ibíd.*

1.2.4.3 Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos en la Constitución ecuatoriana

Por razones didácticas, a continuación una tabla que contiene la información esencial respecto de los DESC reconocidos en la Constitución ecuatoriana. En esta tabla se indicará el artículo, la sección en que está ubicado y una breve referencia del derecho que reconoce.

Constitución de la República del Ecuador			
Capítulo	Sección	Art.	Derecho reconocido
2do: Derechos del Buen Vivir	1ra: Agua y Alimentación	12	Al agua
		13	Al acceso seguro y permanente a alimentos
		14	A vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado
	2da: Ambiente Sano	15	Uso de tecnologías ambientalmente limpias
	3ra: Comunicación e Información	16	A la comunicación
		17	Pluralidad y diversidad en la comunicación
		18-20	A la información
	4ta: Cultura y Ciencia	21	A la identidad cultural
		22	Al desarrollo de la capacidad artística
		23	Al acceso al espacio público
		24	A la recreación y esparcimiento
		25	A gozar de los beneficios y aplicaciones de la ciencia
	5ta: Educación	26	A la educación
	6ta: Hábitat y Vivienda	30	A un hábitat seguro y saludable y a la vivienda
		31	Al disfrute pleno de la ciudad

	7ma: Salud	32	A la salud
	8va: Trabajo y Seguridad Social	33	Al trabajo
		34	A la seguridad social

1.2.4.4 Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos

Respecto de esta Convención, cabe decir que, lamentablemente, una de sus mayores falencias es la de no reconocer expresamente a los derechos económicos, sociales y culturales sino que, solamente, hace una mención al principio de progresividad; a continuación el texto normativo:

CAPITULO III: “DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES”

Art. 26.- Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

1.2.4.5 Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los artículos que reconocen derechos económicos, sociales y culturales en el PIDESC, son los siguientes:

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	
Artículo	Derecho reconocido
6	A trabajar
7	Al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias
8	A fundar sindicatos
9	A la seguridad social
10	Protección a la familia, madres, niñez y adolescencia
11	A un nivel adecuado de vida que incluya alimentación, vestido y vivienda
12	A la salud física y mental
13	A la educación
14	A la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria
15	A participar en la vida cultural
	Gozar de los beneficios del progreso científico
	Beneficiarse de la protección de sus derechos de autor

2. CAPÍTULO 2: LOS MECANISMOS DE EXIGIBILIDAD

Para iniciar este capítulo, se debe tener en cuenta que, más allá de la discusión entre perspectivas positivistas o naturalistas alrededor de los DESC, es un hecho innegable que su reconocimiento por escrito fue el hito que abrió la necesidad de crear mecanismos de exigibilidad para estos derechos; por lo tanto, hacer un recorrido respecto de la evolución histórica de los mecanismos de exigibilidad, necesariamente supone la revisión de la evolución histórica de los DESC. En suma, en concordancia con lo expuesto por Abramovich y Courtis¹⁰³, no se tratará cuestiones sobre la fundamentación de estos derechos sino que se parte del supuesto de su positivización.¹⁰⁴

2.1 Contexto Histórico

Respecto del contexto histórico, Jack Donelly sostiene que:

“Los derechos civiles y políticos se convirtieron en un arma poderosa de la burguesía del siglo XVII contra la sociedad aristocrática entonces dominante gracias a los privilegios y a las limitaciones feudales y mercantilistas, más una vez que la burguesía se instaló en el poder, utilizó esos mismos derechos o libertades para cerrar el ascenso de las clases inferiores y así fue como los estadounidenses utilizaron el derecho o libertad contractual para atacar a los sindicatos y a las leyes laborales porque al fijar mínimos y máximos a favor de los trabajadores, contrariaban, según decían, esa libertad. En este ambiente, las aspiraciones de los no privilegiados a participar en el bienestar social apareció como algo nuevo e incluso antagónico con los derechos o libertades en cuyo nombre se les impedía o dificultaba, por lo menos, el acceso a ese bienestar.”¹⁰⁵

¹⁰³ Víctor Abramovich y Christian Courtis. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2.002. Pág. 20.

¹⁰⁴ Para el desarrollo de este acápite se seguirá, principalmente, la tesis doctoral: “Los derechos económicos, sociales y culturales” de Mara Valdivieso así como en los artículos: “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales” de Carlos Villán Durán y “La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Naciones Unidas” de Marta Mendiola.

¹⁰⁵ Jack Donelly. Derechos Humanos Universales en teoría y en la práctica. México, Ediciones Gernika S.A, 1.994. Pág.56, traducción de Ana Isabel Stellino, citado por: Mara Valdivieso Sempértegui. Los derechos económicos, sociales y culturales. Tesis doctoral. Quito, 1.996. Pág. 13.

En este sentido, podemos comprobar, como ya se ha hecho en el capítulo anterior, que la consecución de estos derechos ha supuesto una lucha incansable por la obtención de condiciones justas de igualdad entre todas las personas. Resulta muy ilustrativo el hecho de que quienes en un principio eran los oprimidos (burgueses), hayan sido los opresores después ya que explica claramente el proceso que se ha tenido que llevar a cabo para el reconocimiento de derechos durante la historia humana. Respecto de los DESC, esta lucha se traduce en el siguiente texto que cita Feliciano Calzada Padrón respecto de la Constitución mexicana de 1.917 y su objetivo de producir la verdadera nación que el momento histórico exigía:

“... solo era posible si a la igualdad jurídica del viejo liberalismo, se le agregaba un buena dosis de igualdad económica y social. Si a los antiguos derechos individuales ya indiscutibles se adicionaban los nuevos derechos sociales. Si las tesis esencialistas del derecho natural eran revisadas a la luz de una noción histórica del hombre y su libertad; del hombre y su propiedad, y del hombre frente a otros hombres. Si, por último, el Estado abandonaba el papel de mero vigilante del proceso social, se convertía en el promotor fundamental de su mejoramiento”¹⁰⁶

En esta perspectiva, podemos decir que, como contexto histórico, tenemos a la lucha de los sectores sociales menos favorecidos que reclaman la posibilidad de tomar parte en el desarrollo que era, en esas épocas, exclusivo para ciertos sectores de la sociedad.

2.1.1 Antecedentes

Respecto de los antecedentes históricos del reconocimiento de los DESC, al decir de Carlos Villán:

“el primer texto en el que se reconocieron estos derechos en la historia de la humanidad fue en la Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado del 04 de enero de 1.918, año en que terminó la primera guerra mundial, en plena época del desarrollo de la revolución rusa. Esta declaración se redactó al calor del marxismo ascendente de la época y de los valores propios de la Revolución Rusa, en oposición a lo que hasta entonces se entendía por Derechos Humanos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la revolución francesa (1.789), en la

¹⁰⁶ Mara Valdivieso Sempértegui Los derechos económicos, sociales y culturales. Tesis doctoral, Quito, 1.996. Pág. 14.

*Declaración de Derechos de Virginia (12 de Junio de 1.776) y en la Declaración de independencia de Estados Unidos (04 de Julio de 1.776)*¹⁰⁷

La oposición a los precedentes citados (francés y estadounidenses respectivamente) se basaba en la concepción individualista que manejaban respecto de los derechos fundamentales que no tiene punto de conexión con la visión de los DESC. La declaración rusa toma en cuenta reivindicaciones sociales y presenta el núcleo duro de los DESC, a saber: derecho al trabajo, a la educación, al sufragio universal, derechos que no eran reconocidos durante la época de la revolución industrial.

No obstante el avance respecto de los derechos de los grupos oprimidos que supuso la declaración rusa, supuso también un retroceso al prescindir del valor de la libertad debido a que fue declarada con las teorías marxistas en mente por lo que da las primeras señales de la complementariedad de todos los derechos fundamentales, teniendo enseguida eco en el mundo entero. Así lo explica Villán:

*“Dicha declaración tiene ecos posteriores e inmediatamente anteriores en el proceso de constitucionalización de los Derechos Humanos, que se inicia con la Constitución Mexicana de 1.917 y en seguida con la Constitución alemana de Weimar en 1.919. Estas dos Constituciones han pasado a la historia porque presentan una síntesis a nivel constitucional de todos los Derechos Humanos, tanto los de carácter civil y político, como los económicos, sociales y culturales, los cuales tuvieron desarrollo con el liberalismo progresista y el socialismo democrático, al incorporar progresivamente tanto los derechos civiles como los DESC al catálogo de los derechos reconocidos a nivel constitucional en esos países”*¹⁰⁸

Hasta aquí la revisión de los antecedentes históricos del reconocimiento de los DESC en normas escritas, paso necesario para la posterior creación de sus mecanismos de exigibilidad en el sentido de que su reconocimiento es el que planteó la necesidad de contar con vías para exigir su cumplimiento. A continuación se realizará un breve recorrido a través del proceso en que se han ido implementando tanto estos derechos como sus mecanismos de exigibilidad.

¹⁰⁷ Carlos Villán Durán. *“Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”*, en Cátedra Gerardo Molina, *Derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá, Editorial Kimpres, 2.009. Pág. 9.

¹⁰⁸ *Ibíd.* Pág. 4.

2.1.2 Positivización

Primero se tratará sobre el proceso de constitucionalización de los DESC, es decir, su reconocimiento en norma escrita de rango constitucional; para esto es necesario tomar en cuenta a la Constitución mexicana de 1.917 que fue la primera en la historia en incluir los derechos sociales y, por tanto, la primera “Constitución Social del siglo XX”; marcando de esta manera un invaluable antecedente histórico para el mundo. Esta Constitución tiene entre sus logros principales, el establecimiento de normas en lo referente a la propiedad de la tierra (art.27); en el aspecto laboral respecto del derecho de una remuneración acorde por ejemplo (art.5) y en el aspecto educativo, la laicidad de la educación pública (art.3). Asimismo, establece la libertad de expresión y libre asociación de los trabajadores (art.9), entre otros avances.

En el caso ecuatoriano, esta corriente fue adoptada en la Constitución de 1.929 que es la primera que recoge los principios y derechos ahora conocidos como económicos, sociales y culturales, como el derecho a la protección del trabajo y su libertad (art.151, numeral 18), la libertad de educación y de enseñanza (art.151, numeral 21), la asistencia, higiene y salubridad públicas (art.151, numeral 22), entre otros.

Con esta breve revisión histórica, queda claro que fue en América Latina en donde, por primera vez, se reconoce a esta categoría de derechos; no obstante el proceso de su reconocimiento y efectividad se hace más fuerte a partir del período posterior a la Segunda Guerra Mundial, que supuso el reconocimiento de los Derechos Humanos (tanto civiles y políticos cuanto económicos, sociales y culturales) en las Constituciones europeas que hacían mayor énfasis en una u otra categoría de derechos según la alineación de cada Estado al capitalismo o al socialismo. Al respecto, Villán plantea:

“Por razón del alineamiento de cada uno de los países, la guerra fría impone una división artificial de los Derechos Humanos: entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro.”¹⁰⁹

¹⁰⁹ Ibíd. Pág.11.

Sin perjuicio de la división de bloques mundiales que se ha comentado, España que se adscribía al bloque capitalista, rompe con la división de derechos y en su Constitución de 1.978 incorpora todos los Derechos Humanos sin distinción y se proclama un Estado Democrático y Social de Derecho. No obstante, dicha Constitución tenía un problema:

“... en el párrafo segundo de su artículo 53, permite que el ciudadano, cuando considere que alguno de sus derechos civiles o políticos ha sido vulnerado, puede recurrir a la tutela ante el Tribunal de Justicia y al amparo ante el Tribunal Constitucional. Pero, ese derecho a la tutela judicial efectiva no se aplica en relación con los DESC, porque el párrafo tercero del artículo 53 se encarga de aceptar la discriminación entre derechos al señalar que sólo se reconocen a título de carácter informador de la legislación y de la práctica judicial. Dice el mencionado párrafo que los DESC sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, de manera que habrá que esperar que exista una ley específica interna que desarrolle uno de los DESC, para que ese derecho se convierta en justiciable y pueda ser reclamado ante los tribunales.”

110

De este análisis se desprende el hecho de que, tradicionalmente, desde la Constitución española que supuso el reconocimiento por igual de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales, se estableció la imposibilidad (injustificada) de ser exigibles y justiciables; planteando la necesidad de ser desarrollados por leyes para su ejecución.

Ahora bien, existe otro proceso que supera el ámbito interno de los Estados y que se conoce como el de internacionalización de los Derechos Humanos; dicho proceso en relación con los DESC, siguió el siguiente camino¹¹¹:

- El 28 de Junio de 1.919 se suscribió el Tratado de Paz de Versalles que puso fin a la Primer Guerra Mundial y creó la Sociedad de Naciones en cuyo ámbito se dan los primeros pasos en materia de protección de los Derechos Humanos mediante la declaración sobre la abolición de la esclavitud o el reconocimiento de los derechos de los refugiados por razones políticas. Al mismo tiempo, el Tratado de Versalles creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la que ha sido de suma importancia en

¹¹⁰ Ibíd.

¹¹¹ Ibíd. Pág.12.

el desarrollo de los DESC en el plano internacional; principalmente en lo que respecta al derecho al trabajo.

- El segundo paso importante lo constituye la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1.945 o Carta de San Francisco, que se produjo en el marco de la finalización de la Segunda Guerra Mundial y creó la Organización de las Naciones Unidas. Esta carta aportó un aspecto importantísimo en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como es el reconocimiento del estándar de trato único para todos los seres humanos, cuyo origen está en la dignidad de ser humano como atributo de todas las personas por pertenecer a esta categoría. No obstante, dicha carta no definió a los Derechos Humanos ni los especificó.
- El primer texto normativo que indica qué son los Derechos Humanos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que aprobó la ONU el 10 de diciembre de 1.948; en dicha declaración se recoge un catálogo de derechos individuales, colectivos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos que, lamentablemente, no han sido desarrollados.

Por otro lado, es menester tratar sobre lo que ocurrió en este tema durante la llamada guerra fría. Durante este período histórico, lo máximo que se consiguió fue establecer un mecanismo de paz y seguridad, internacionales, el mecanismo de convivencia pacífica bajo la tutela de las Naciones Unidas; no obstante, los Derechos Humanos no avanzaron significativamente en este período debido a que fueron utilizados de manera sistemática como arma ofensiva para agredirse de un sector a otro, los capitalistas a los comunistas y viceversa.

Esta guerra fría impuso de nuevo la división artificial entre ambos grupos de derechos y eso se cristalizó en los pactos internacionales sobre Derechos Humanos¹¹².

- En 1.966 la Declaración Universal de los Derechos Humanos se desarrolló en dos tratados que especifican y detallan el contenido de los principios establecidos en dicha declaración pero los relatores de estos tratados, inmersos en la guerra fría, no fueron capaces de incluir en un solo pacto a ambos grupos de derechos; teniendo como resultado dos pactos: el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto

¹¹² Ibíd. Pág. 16.

sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Lamentablemente dicha división no fue solo de carácter formal si no que en el fondo, dotó a unos derechos (civiles y políticos) de mecanismos de control y tutela más efectivos que a los otros (económicos, sociales y culturales).

- A esta división responde el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que le reconoció en primer lugar a un organismo internacional, el Comité de Derechos Humanos, la capacidad para recibir quejas por las violaciones de los derechos consagrados en el mismo, la tutela y el derecho a un recurso efectivo y definitivo, y en segundo lugar el artículo 2 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos estableció que los derechos contenidos en él son de reclamación inmediata ante los tribunales de justicia, mientras que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no fue seguido de un protocolo facultativo con el que dotara al Comité de los DESC la facultad de recibir quejas individuales. Por otra parte, en el Pacto de los DESC, el artículo 2 no establece, como sí lo hace el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la tutela judicial efectiva para los DESC, sino que establece que su realización será progresiva en función de los recursos del país, y tampoco reconoce expresamente que estos derechos puedan ser justiciables ante los tribunales.

En conclusión, el no reconocimiento de los DESC como Derechos Humanos, que ya se estableció en el constitucionalismo comparado mediante la Constitución Española de 1.978, se reafirmó a nivel internacional por razones ideológicas; teniendo como consecuencia la obstaculización de su exigibilidad y justiciabilidad.

No obstante, esta segregación comienza a revertirse tras la caída del muro de Berlín y el consecuente final de la guerra fría, a partir de ese momento, la ONU desarrolla la Carta de las Naciones Unidas a plenitud mediante los siguientes esfuerzos¹¹³:

- Grandes conferencias mundiales con participación de la sociedad civil en las que se discutió sobre cuestiones relativas a Derechos Humanos básicos y al desarrollo económico y social como: Conferencia Mundial sobre Desarrollo Económico y Social, Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en Viena (1.993), la Conferencia

¹¹³ Ibíd. Pág.17.

Internacional sobre Población y Desarrollo en El Cairo (1.994) y la Conferencia de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Mujer en Beijing (1.995).

- A lo largo de estas conferencias se fueron identificando las necesidades de desarrollo económico y social de los países, e incorporando el catálogo completo de los Derechos Humanos en ese acervo que se cristalizó en la llamada Declaración del Milenio, que aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York en el 2.000. En esta Declaración se asume el compromiso de que para el 2.015, se pueda reducir a la mitad el número de personas que padecen de hambre, de gente que sufre de extrema pobreza y marginación social, se pueda reducir drásticamente la mortalidad infantil y materno-infantil, para que todos los seres humanos podamos tener acceso universal a un derecho de contenido básico, el de salud, y el derecho a la educación.
- La comunidad internacional ha ido avanzando en el reconocimiento de nuevos Derechos Humanos dándoles un contenido actualizado a los derechos ya reconocidos y elaborando lo que hoy se conoce como el Código Internacional de los Derechos Humanos, en el que los DESC figuran, ya no solamente en el Pacto Internacional de los DESC, sino también en otros convenios de Derechos Humanos sectoriales tales como: La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1.965), Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1.967), Convención sobre los Derechos del Niño (1.989) y la Convención de los Derechos de los Discapacitados (2.006), entre otros.

La conclusión que se desprende de esta breve revisión de la historia del desarrollo de los DESC y, por ende, de su exigibilidad, es que: si bien la voluntad internacional y las tendencias actuales muestran un claro deseo de reconocer el mismo contenido e importancia que los derechos civiles y políticos tienen para los económicos, sociales y culturales, especialmente respecto de su cumplimiento y las formas de reclamarlo (tanto que durante el desarrollo de este trabajo el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (A/RES/63/117), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2.008, entró en vigor el 05 de mayo de 2.013; reconociéndole la competencia de resolver sobre violaciones de estos derechos al Comité), estos esfuerzos no han logrado cuajar en un verdadero cumplimiento de esta categoría de

derechos por lo que, en el capítulo siguiente de este trabajo, se plantearán las razones que, en opinión del autor, impiden que este esfuerzo sea efectivo.

2.2 Naturaleza jurídica de los mecanismos de exigibilidad

En el presenta apartado, se hará una breve revisión de los conceptos básicos alrededor de los mecanismos de exigibilidad para, en lo posterior, poder analizar específicamente el contenido de los mismos en nuestro ordenamiento jurídico.

2.2.1 ¿Qué es la exigibilidad?

Al respecto, cabe iniciar aclarando el concepto mismo de exigibilidad de un derecho que, como la palabra, lo indica, se refiere a la posibilidad de reclamar, de exigir su satisfacción cuando este haya sido vulnerado o, incluso, impedir su vulneración cuando este haya sido amenazado, así lo establece Romel Jurado, que sostiene: *“La exigibilidad es un concepto amplio que básicamente alude a la capacidad que tienen las personas para reclamar y obtener del Estado, y en ciertos casos de otros actores, el goce efectivo de sus Derechos Humanos.”*¹¹⁴

Por otro lado, se debe decir, respecto de la exigibilidad, que ésta supone la determinación del derecho en cuanto a su contenido esencial dado que si no está determinado dicho contenido; el derecho no es susceptible de ser exigido debido a que no se sabría qué reclamar. En este sentido, Jaime Saurá nos dice:

“Así pues, la exigibilidad, en un sentido lato, tiene que ver con la concreción del alcance del derecho (su contenido esencial); la identificación de sus titulares, así como del responsable de hacerlo efectivo; y, sólo por último, la existencia de vías formales de acceso de los primeros a los segundos para reclamarles en Derecho el respeto a los derechos de aquéllos mediante el

¹¹⁴ Jurado, Romel. Exigibilidad de los Derechos Humanos relacionados con la comunicación desde el ámbito de las políticas públicas. Internet. www.uasb.edu.ec/padh/revista4/articulos/romeljurado.htm. Acceso: (05 de Junio de 2.014).

*cumplimiento de las obligaciones de estos. Estas vías de acceso pueden ser jurisdiccionales, pero también administrativas u otras.*¹¹⁵

En definitiva, si bien los mecanismos para hacer efectivo el derecho de una persona de reclamar ante un organismo aparecen como la manera indicada y quizás más poderosa de cumplir con dichas necesidades, la exigibilidad de un derecho no se limita a la existencia de estos mecanismos sino que encuentra en ellos su expresión más concreta; ahora bien respecto de la exigibilidad y de los mecanismos de exigibilidad existen clasificaciones importantes que se deben tomar en cuenta para su completo entendimiento.

La primera clasificación, que no será objeto de desarrollo en esta disertación, es la que se refiere a las tres dimensiones de la exigibilidad que son: política, social y jurídica. En este trabajo se revisará la dimensión jurídica de la exigibilidad. Por otro lado, existe otra clasificación de la exigibilidad que es la establecida por Abramovich y Courtis, quienes la clasifican en exigibilidad directa e indirecta; a continuación su desarrollo.

2.2.1.1 Exigibilidad Directa

Al respecto, Abramovich y Courtis establecen que se entiende por estrategias de exigibilidad directa: *“a aquellas en las que el objeto de la actuación judicial tiene como sustento la invocación directa de un derecho económico, social o cultural”*¹¹⁶ y complementa Saurá diciendo que: *“La exigibilidad directa les permite hablar de garantías normativas (relativas al reconocimiento del derecho a escala nacional e internacional) y garantías jurisdiccionales, es decir, la posibilidad de reclamación ante los tribunales”*¹¹⁷ Es decir que:

“Cuando la conducta exigible del Estado en materia de DESC resulta claramente determinable, no existe impedimento teórico para considerar que estos derechos son directamente exigibles por vía judicial, bien a partir del reclamo individual, bien a través de la

¹¹⁵ Jaume Saurá. La exigibilidad jurídica de los Derechos Humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Barcelona, Papeles el tiempo de los derechos, 2.011. Pág. 5.

¹¹⁶ Víctor Abramovich y Christian Courtis. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2.002. Pág.132.

¹¹⁷ Jaume Saurá. La exigibilidad jurídica de los Derechos Humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Barcelona, Papeles el tiempo de los derechos, 2.011. Pág. 4.

articulación de un reclamo colectivo. En los casos en los que la violación de la obligación estatal resulte clara, y la conducta debida por el Estado para reparar la violación pueda señalarse sin dificultad, las acciones judiciales deben estar dirigidas a obtener del Estado la realización de la conducta debida para reparar la violación del derecho, del mismo modo que frente a la violación de cualquier derecho civil o político.”¹¹⁸

En conclusión, se puede decir que la exigibilidad directa se refiere a la posibilidad de reclamación sobre el cumplimiento efectivo de un derecho (en el caso un DESC) sin la necesidad de adecuar dicha reclamación a su conexión con el efectivo goce de algún derecho civil o político; en otras palabras, la exigibilidad directa es precisamente aquella que se le negó a los DESC por pretenderlos derechos de segunda generación.

2.2.1.2 Exigibilidad Indirecta

En cuanto a la exigibilidad indirecta, Abramovich y Courtis establecen que son estrategias de este tipo de exigibilidad: *“aquellas en las que la tutela del derecho social se logra a partir de la invocación de un derecho distinto”¹¹⁹*; Saurá establece al respecto que: *“la exigibilidad indirecta permite la defensa de los derechos sociales a través de la invocación de principios generales que se predicán de todos los derechos, como la igualdad y la no discriminación o el derecho a la tutela judicial efectiva”¹²⁰*.

En este caso, el hecho es que cuando se ha presentado algún obstáculo para poder exigir el cumplimiento directo de un DESC (como la indeterminación de la conducta debida del Estado); para evitar dejarlo sin protección, se logra someterlo a discusión en juicio mediante la aplicación de mecanismos de tutela que brindan otros derechos; esta posibilidad es referida por Pisarello como “justiciabilidad por conexión”, esto es, la tutela de los derechos sociales en virtud de su relación con otros derechos “fundamentales”: *“el derecho de audiencia (art. 105 CE), a recibir información (art. 20 CE), a participar en los asuntos públicos (art. 23 CE), a no*

¹¹⁸ Víctor Abramovich y Christian Courtis. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2.002. Págs.132-133.

¹¹⁹ *Ibíd.* Pág.132.

¹²⁰ Jaume Saurá. La exigibilidad jurídica de los Derechos Humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Barcelona, Papeles el tiempo de los derechos, 2.011. Pág. 4.

ser discriminado (art. 14 CE) forman parte de un contenido de los derechos sociales perfectamente alegable ante los tribunales”¹²¹

Queda claro que la exigibilidad indirecta ha sido la manera de evitar dejar sin resolver una vulneración de un DESC cuando ésta no pueda hacerse de forma directa mediante la aplicación del concepto de interdependencia de todos los derechos civiles y políticos; no obstante, en la opinión del autor, esta no es la forma más idónea de exigibilidad ya que, en esencia, reconocería la mal planteada inferioridad de los DESC cuando se les consideraba derechos de segunda generación.

2.2.1.3 Justiciabilidad vs exigibilidad

Si bien existe una cercana relación entre estos dos conceptos, lo que ha causado en varios casos su confusión así como el uso indistinto de uno para referirse al otro y viceversa, es necesario aclarar su diferencia para evitar confusiones en lo que respecta al presente trabajo.

Así pues, cuando se habla de justiciabilidad, se está refiriendo a la posibilidad de un recurso judicial mediante el cual solicitar del Estado a través de su poder judicial, la resolución de un conflicto, mientras que cuando se habla de exigibilidad, se trata de mecanismos que persiguen el mismo fin pero que no significan necesariamente la interposición de una acción o recurso; en definitiva, entre los dos conceptos hay una relación de contenedor y contenido, siendo la exigibilidad el contenedor y la justiciabilidad parte de su contenido.

Esta dicotomía es aclarada por Saurá en la forma siguiente:

“Afirma Martínez de Pisón que “la exigibilidad de los derechos sociales remite a la posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas”¹²². ¿Exigibilidad y

¹²¹ Gerardo Pisarello. La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, en Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites. Albacete, editorial Bomarzo, 2.010. Pág. 57, citado por: Jaume Saurá. La exigibilidad jurídica de los Derechos Humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Barcelona, Papeles el tiempo de los derechos, 2.011. Págs. 4-5.

*justiciabilidad son términos sinónimos? Entiendo que no, que el recurso judicial es sólo una, aunque quizás la más potente, de las vías para exigir los derechos ante los poderes públicos.*¹²³

2.2.2 Concepto de mecanismos de exigibilidad

Se puede esgrimir como concepto de un mecanismo de exigibilidad a aquella vía mediante la cual se puede obtener el reconocimiento de un derecho, su reparación o el cese de la amenaza de su vulneración; no obstante debido a que en este trabajo se tratará solamente respecto de la exigibilidad en su dimensión jurídica, al referirnos a mecanismos de exigibilidad, nos referiremos al termino jurídico de garantía que desarrollaremos a continuación. Una garantía es:

*“un mecanismo de tutela que existe para que los derechos reconocidos por un ordenamiento jurídico sean verdaderamente efectivos, de no existir estas garantías, la efectividad de los derechos quedaría únicamente librada a la buena voluntad del Estado o de los actores privados que tienen a su cargo obligaciones emanadas del Derecho”.*¹²⁴

Al respecto, Julio César Trujillo establece que: *“Las garantías están diseñadas para que puedan impedir la violación o la amenaza de violación de sus derechos, hacerla cesar cuando sea posible y obtener la reparación de los daños causados”.*¹²⁵

Por otro lado, el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este aspecto, es el siguiente:

¹²² Jesús Martínez de Pisón. Los derechos sociales: unos derechos controvertidos, en Virgilio Zapatero e Isabel Garrido. Los derechos sociales como una exigencia de la justicia, cit. Pág. 98, citado por: Jaume Saurá. La exigibilidad jurídica de los Derechos Humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Barcelona, Papeles el tiempo de los derechos, 2.011. Pág. 4.

¹²³ Jaume Saurá. La exigibilidad jurídica de los Derechos Humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Barcelona, Papeles el tiempo de los derechos, 2.011. Pág. 4.

¹²⁴ Víctor Abramovich y Christian Courtis. El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional. Buenos Aires, Editora del Puerto, 2.006, Pág. 65.

¹²⁵ Julio César Trujillo. “El Amparo Constitucional: su aplicación y límites”. Serie “Estudios Jurídicos”. Quito, Corporación Editora Nacional, volumen 19, 2.002, Pág. 7.

*“Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, es decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”.*¹²⁶

En conclusión, se puede decir que las garantías son los medios que permiten que los derechos sean respetados y sus titulares puedan gozarlos sin ninguna restricción. Dichas garantías pueden ser de varias clases como lo establecen Abramovich y Courtis:

*“Las garantías de los derechos fundamentales pueden ser políticas o jurisdiccionales. Las garantías políticas, que son ejercidas por el gobierno y el legislativo, se refieren a la intervención activa de los poderes en el establecimiento y protección de los derechos de las personas. Las principales garantías políticas son: reconocer los derechos en la Constitución del Estado (constitucionalización), la división de poderes que conlleva su mutuo control, la definición del contenido de los derechos, el establecimiento del contenido mínimo esencial de los mismos por los tratados internacionales y sus órganos de supervisión, la distinción de trato entre las personas que se encuentran en una situación diferente y, finalmente, el ejercicio del poder de policía”.*¹²⁷

Por otro lado, Luigi Ferrajoli nos dice que:

*“las garantías jurisdiccionales son aquellas de las que se encargan los jueces e involucran un poder independiente de los obligados a satisfacer los derechos fundamentales, que considere las denuncias y obligue al cumplimiento de prerrogativas de los ciudadanos en materia social, repare los daños por el incumplimiento de ellas y sancione a los responsables de las mismas”.*¹²⁸

No obstante, éstas no son las únicas clases de garantías porque se refieren solamente a las que han sido institucionalizadas, dejando de lado a las no institucionalizadas

¹²⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías, 30 de enero de 1.987, Párr.25.

¹²⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis. El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional. Buenos Aires, Editora del Puerto, 2.006, Págs. 66-78.

¹²⁸ Luigi Ferrajoli. “Garantías”. Revista Jueces para la Democracia. No.38, (julio 2.000). Madrid, 2.000: Págs.39-46.

que, históricamente, fueron las que dieron lugar a la conquista de varios de los derechos sociales que ahora conocemos. A continuación el desarrollo de los varios tipos de garantías.

2.2.3 Clases de mecanismos de exigibilidad o mecanismos de garantía

Cabe iniciar este apartado explicando el por qué se ha decidido tratar a los mecanismos de exigibilidad como mecanismos de garantía; la respuesta la encontramos en Ferrajoli quien sostiene que:

*“Garantizar un derecho supone, en un sentido amplio, establecer algún mecanismo que permita tutelar o hacer efectivo el acceso a los recursos o bienes que conforman su contenido (...) esos mecanismos de protección pueden ser básicamente de dos tipos: institucionales o extra institucionales”.*¹²⁹

No obstante, cabe recordar que los mecanismos de garantía extra institucionales como la protesta social no pueden garantizar acciones por parte de los entes públicos dado que no generan obligaciones pero, en este caso, la nomenclatura va más allá del resultado de la obligación que puede generar la aplicación del mecanismo y se funda en el objetivo común de todo mecanismos, que es el de garantizar el derecho.

En este orden de cosas, se seguirá una clasificación que toma criterios de Humberto Nogueira Alcalá y de Nora Brito por parecernos la más clara para tratar esta temática.

2.2.3.1 Institucionales

Al decir del maestro Ferrajoli: *“Los mecanismos institucionales de garantía son aquellos cuya puesta en marcha corre a cargo, precisamente, de órganos y poderes públicos como el gobierno, los legisladores, la administración o los jueces.”*¹³⁰ Es decir, estos mecanismos dependen de la participación de algún ente estatal y, por ello, su definición de institucionalizados.

¹²⁹ Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, editorial Trotta, 1.999. Pág. 43, citado por: Britos Nora. *Exigibilidad de los derechos sociales: estrategias y líneas de acción*. Pág. 10. Internet. <http://modulosocioterritorial.files.wordpress.com/2009/08/exigibilidad-de-derechos1.pdf>. Acceso: (09 de Junio de 2.014).

¹³⁰ *Ibíd.*

Estos mecanismos se dividen en Internacionales y nacionales o internos.

2.2.3.1.1 Internacionales

En esta categoría cabe comprender el hecho de que los mecanismos de garantía no se limitan al ámbito interno de los Estados sino que superan éste y son incluidos en el ámbito internacional e, incluso, en el supranacional. La inclusión de estos mecanismos en este plano se hace a través de diferentes instituciones; al respecto Nogueira Alcalá dice:

“Para ellos existen el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y sus órganos de supervigilancia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Asimismo, en el plano regional latinoamericano, existe el sistema interamericano integrado por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que contempla la protección de derechos sociales en su artículo 26 y el Protocolo de San Salvador que asegura y protege específicamente los derechos económicos, sociales y culturales, estableciendo un mecanismo de peticiones o quejas individuales ante el sistema interamericano de protección de derechos, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 19.6 para los derechos sindicales y el derecho a la educación. Asimismo, los tribunales nacionales deben considerar los contenidos de cada derecho en el ámbito del contenido mínimo precisado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.”¹³¹

En suma, se puede concluir que, para el Ecuador, los mecanismos de garantía internacionales son aquellos contenidos en el sistema internacional así como en el interamericano de protección de Derechos Humanos.

2.2.3.1.2 Nacionales o internos

Como se puede desprender de su nombre, los mecanismos de garantía nacionales o internos son aquellos que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico propio de cada Estado; se clasifican en genéricos y específicos.

¹³¹ Humberto Nogueira. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano”. Estudios Constitucionales, Año 7, N.2. Talca, 2.009, Págs. 165-166.

2.2.3.1.2.1 Genéricos

Entre los principales mecanismos de garantía nacionales genéricos, se encuentran los siguientes¹³²:

- **La afirmación de la dignidad humana:** es la que constituye la base de todos los derechos fundamentales sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.
- Otra garantía la constituye el **aseguramiento constitucional de los derechos** con las consiguientes obligaciones de los órganos estatales de respeto, protección y promoción de los mismos.
- **La existencia y vigencia efectiva de una “República Democrática”** donde las ideas de pluralismo y participación definen la fórmula política, repercutiendo en el tema de las garantías de diversos ángulos: un poder legislativo representativo del cuerpo político de la sociedad, el que ocupa un lugar importante en la elaboración de normas y el aseguramiento de los derechos por el reconocimiento de los derechos de participación esenciales a una visión integral de los derechos fundamentales.
- **La concepción del Estado de Derecho Democrático y el establecimiento de la promoción por parte del Estado de la igualdad de oportunidades para participar en todos los planos de la vida nacional,** afianzan una interpretación de los derechos en su conjunto indivisible e inseparable, en una perspectiva favor persona y favor débiles que lleva a dotar de la máxima efectividad posible a los derechos sociales.
- **La separación de funciones** entre los diversos órganos estatales con la consiguiente distribución de competencias y un sistema de pesos y contrapesos contribuye a evitar los abusos y desviaciones de poder y las discriminaciones arbitrarias en el aseguramiento y ejercicio de los derechos sociales, estableciéndose los sistemas de control recíproco y las instituciones de control administrativo a través de auditorías, controles de legalidad y otros diversos mecanismos.
- **Derecho a la información pública** que es el que tiene la ciudadanía respecto de las actuaciones del gobierno y la administración.

¹³² Ibíd. Págs. 167-168.

Como se desprende de la breve enunciación precedente, se puede decir que las garantías genéricas son aquellos principios que informan a todo el ordenamiento jurídico y que forman parte de los cimientos mismos del Estado y sus fines y que, por tanto, son aplicables a todos los derechos.

2.2.3.1.2.2 Específicos

Respecto de estos mecanismos específicos, se puede decir que son todas aquellas obligaciones relacionadas con los DESC establecidas por el poder legislativo, por el gobierno o la administración mediante normas y actos que se adoptan en tutela de los derechos; es decir, aquellos de los cuales emanan obligaciones específicas y determinables; se clasifican en normativos, de control y fiscalización, de interpretación y jurisdiccionales.

1) Normativos

Los mecanismos de garantía normativos (o garantías normativas), según Nogueira:

“son aquellos que hacen referencia al principio de legalidad en sentido amplio, concentrando su significado en los derechos fundamentales, regulando su desarrollo y aplicación, como su reforma, como asimismo, a los límites a la capacidad de regular y limitar los derechos que tiene el legislador.”¹³³

A continuación, su desarrollo:

El principio de reserva legal: El sentido último de la reserva legal o reserva de ley es:

“asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos.”¹³⁴

¹³³ Ibíd. Pág.168.

¹³⁴ Tribunal Constitucional Español, sentencia 83/1.984.

La reserva de ley asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzca mediante el procedimiento legislativo parlamentario; reforzando la garantía del pluralismo político. Dicha reserva es una norma de competencia y una regla de rechazo; norma de competencia ya que para que los enunciados normativos puedan ser considerados válidos deben reunir como condiciones mínimas que procedan de un determinado órgano, que hayan sido creados de acuerdo a determinado procedimiento y que traten sobre determinada materia y regla de rechazo ya que constituye un enunciado jurídico de tipo cualificadorio que señala que determinados enunciados no tienen carácter jurídico o no pertenecen a un cuerpo jurídico porque no cumplen con los requisitos establecidos.¹³⁵

Por otro lado, cabe entender cuál es el objetivo de la legislación de desarrollo de los derechos constitucionales; en palabras de Nogueira:

“Lo que se desarrolla no es el derecho sino el precepto constitucional en el que el derecho se asegura, determinando su alcance y límites. Pudiendo el legislador dirigir su acción a dos fines: el primero sería establecer una modificación normativa no contraria a la Constitución de algunos de los elementos configuradores del derecho (titular, destinatario, objeto) y el segundo sería el de completar la configuración del derecho cuando el constituyente no lo ha hecho, determinando su contenido o la fijación de la forma de su ejercicio y garantías procesales del mismo.”¹³⁶

En este punto, cabe recordar lo que señala Ferrajoli al respecto:

“Las leyes en materia de servicios públicos no solo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la participación política en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la

¹³⁵ Humberto Nogueira. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano”. Estudios Constitucionales, Año 7, N.2. Talca, 2.009, Págs. 169-170.

¹³⁶ *Ibíd.*

mayoría, se desarrollase una no menos importante participación judicial de los ciudadanos en la tutela y satisfacción de sus derechos como instrumentos tanto de autodefensa como de control en relación a los poderes públicos.”¹³⁷

El respeto del contenido esencial de los derechos: el principio de reserva de ley se ve fortalecido por la obligación que tiene el legislador de no afectar los derechos en su esencia. El legislador debe respetar la naturaleza jurídica de cada derecho que preexiste al momento legislativo y a los intereses jurídicamente protegidos. Constituyéndose el contenido objetivo intrínseco de cada derecho en una entidad previa a la regulación legislativa; dicho contenido esencial es una frontera, un límite que el legislador no puede sobrepasar ya que si lo hace, incurriría en inconstitucionalidad.¹³⁸

Así lo corrobora el Tribunal Constitucional Chileno que en sentencia del 26 de junio de 2.008, ha establecido:

“Que si bien la doctrina y jurisprudencia comparadas han señalado que los derechos sociales requieren la concretización legal de su contenido, también han realzado que la Constitución establece, en relación a ellos, un núcleo esencial, indisponible por el legislador.”¹³⁹

En suma, mediante esta garantía, lo que se pretende es evitar que lo que ha sido estipulado por vía constitucional se vea modificado legalmente porque eso constituiría una violación clara de la voluntad del soberano.

2) De control y fiscalización

Respecto de los mecanismos de control y fiscalización, que como su nombre lo indica son aquellos que tienen por objeto la revisión de la actuación de las diferentes entidades estatales, se puede decir que, además de la garantía genérica de que todo servidor público o

¹³⁷ Luigi Ferrajoli. “Quali sono I diritti fondamentali?”. Diritti Umani e diritti delle minoranze. Turín, 2.000. Pág. 917-918. Citado por Humberto Nogueira. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano”. Estudios Constitucionales, Año 7, N.2. Talca, 2.009, Págs. 170-171.

¹³⁸ Humberto Nogueira. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano”. Estudios Constitucionales, Año 7, N.2. Talca, 2.009, Pág. 172.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, 26 de junio de 2.008, Rol No 976, considerando 30.

judicial debe aplicar directamente la Constitución; existe un mecanismo de control específico y que es monopolio de la Corte Constitucional quien ejerce el control concentrado de constitucionalidad.

3) De interpretación

Al decir de Nogueira: *“las garantías de interpretación se refieren a los mecanismos destinados a garantizar que la interpretación de los derechos se haga para favorecer su ejercicio y disfrute”*¹⁴⁰, entre estas garantías se encuentran las siguientes¹⁴¹:

- La vinculación directa a la Carta Fundamental de todos los órganos y personas, lo que significa que su actuación nunca puede afectar el ejercicio de los derechos más allá de lo que autoriza el propio texto constitucional y las obligaciones derivadas de los tratados en materia de Derechos Humanos que el Estado ha ratificado y se encuentran vigentes.
- Los principios “favor homine” “pro cives” o “favor persona” que implica la aplicación de aquella norma de derecho interno o de derecho internacional incorporada válidamente al derecho interno que mejor asegure y garantice el ejercicio de los derechos.
- La consagración del principio de progresividad de los derechos establecido expresamente en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual dispone:

“Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”

¹⁴⁰ Humberto Nogueira. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano”. Estudios Constitucionales, Año 7, N.2. Talca, 2.009, Pág. 174.

¹⁴¹ *Ibíd.*

No obstante, este principio no afecta la naturaleza jurídica de las obligaciones consignadas en las respectivas convenciones, ni niega la existencia de obligaciones inmediatas, sino que sólo indica la existencia de una cierta flexibilidad que refleja las diversas realidades de los Estados Parte y las dificultades concretas de cada Estado en el aseguramiento inmediato de la plena efectividad de los DESC.

- El principio de no regresividad se deriva del principio de progresividad, de no discriminación y del contenido esencial de los DESC asegurados constitucionalmente; ello exige a los operadores jurídicos un estricto escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad, especialmente cuando situaciones de crisis económica y social disminuyen el ámbito de atributos que contiene el derecho ya sea en cantidad o en calidad, o garantizan en menor medida los derechos fundamentales que lo que ya contemplaba el ordenamiento jurídico. Dicho principio tiene un ámbito que no puede nunca ser traspasado y que constituye un límite absoluto a la regresividad que es el aseguramiento del contenido mínimo de cada derecho sin el cual el derecho se desnaturaliza, lo que indica que la regresividad cuando se encuentra justificada jamás puede afectar el contenido esencial o mínimo del derecho social asegurado, independientemente de los recursos económicos disponibles.

4) Jurisdiccionales

Las garantías jurisdiccionales, al decir de Nogueira:

“Son aquellas que buscan asegurar que un tercero imparcial, independiente de los órganos de gobierno y legislativos, como también de los privados interesados o concernidos, obligados por los derechos sociales, pueda recibir requerimientos, demandas o denuncias por incumplimiento de los deberes respecto de los derechos sociales asegurados; determine, a través de sus resoluciones, su cumplimiento y establezca, cuando corresponda, las reparaciones y sanciones respectivas. Ellos son, normalmente, los tribunales ordinarios o los tribunales administrativos sin perjuicio de la intervención, en su caso, de la jurisdicción constitucional.”¹⁴²

¹⁴² Ibíd. Págs. 182-183.

En otras palabras, las garantías jurisdiccionales son aquellas que posibilitan que las personas afectadas en alguno de sus derechos puedan ejercer su derecho de acción ante una autoridad jurisdiccional para que éstas resuelvan sobre la acción u omisión dañosa.

Ahora bien, Nogueira opina que no puede dejar de mencionarse como una garantía jurisdiccional efectiva a las acciones de inconstitucionalidad por omisión; dicha inconstitucionalidad se verifica cuando el legislador o la administración no desarrollan la actividad ordenada por la Carta Fundamental para hacer plenamente efectivos los derechos en ella¹⁴³.

Por otro lado, tenemos los remedios procesales complementarios que:

*“son aquellos que no han sido generados para proteger los derechos fundamentales sino que se utilizan para sancionar la violación de éstos cuando ha sido consumada. Ejemplo de ellos es la responsabilidad extracontractual del Estado y de sus agentes por falta de servicio.”*¹⁴⁴

En el mismo sentido, están los remedios procesales indirectos que son: *“aquellos configurados para la protección de los derechos que tienen un carácter ordinario como los procesos civiles, penales, laborales, administrativos, etc.”*¹⁴⁵

Finalmente, aunque no es materia de este apartado, cabe recordar que dado el caso de que las instancias internas de protección de los derechos no sean suficientes o no sean efectivas, queda abierta la posibilidad de activar recursos de tipo internacional sea en el sistema interamericano o en el sistema internacional de protección de Derechos Humanos.

2.2.3.2 No institucionales o sociales

Respecto de estos mecanismos, el profesor Ferrajoli establece que: *“Los mecanismos extra institucionales de tutela, en cambio, son aquellos en los que es determinante la participación de*

¹⁴³ Humberto Nogueira. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano”. Estudios Constitucionales, Año 7, N.2. Talca, 2.009, Pág. 184.

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ *Ibíd.*

actores no estatales: desde los propios afectados, hasta los ciudadanos y movimientos sociales vinculados a los mismos.”¹⁴⁶

En el mismo sentido, Pisarello establece que:

*“Las garantías no institucionales, o garantías sociales, comprenden por su parte, todos aquellos mecanismos ciudadanos de participación en la construcción de las garantías institucionales (el derecho de voto, de petición, de iniciativa legislativa popular, de participación en los procesos administrativos o jurisdiccionales) así como aquellos que persiguen la autotutela de los derechos fundamentales”*¹⁴⁷

En la misma línea, Britos señala que:

*“La autotutela de los derechos sociales forma parte de la tradición de lucha tanto de los trabajadores organizados, de los movimientos sociales y de la ciudadanía activa frente a omisiones de prestación o vulneraciones de derechos sociales. Precisamente, la historia del desarrollo de los derechos es una historia de luchas, proceso que siempre lleva implícito el conflicto por el logro, la efectividad y la ampliación de los derechos. Las formas organizativas de la sociedad civil para estas luchas han ido variando, así como se han transformado las maneras de expresar estas demandas por derechos. Los sindicatos, las organizaciones no gubernamentales de defensa de Derechos Humanos, los movimientos sociales, las organizaciones de afectados por distintas formas de incumplimiento de derechos representan la expresión de la defensa de los derechos por parte de los propios titulares.”*¹⁴⁸ *“La historia de los derechos sociales es, en gran medida, la historia del empleo ostensivo de formas de autotutela de derechos, y de su posterior reconocimiento e institucionalización. Algunas formas de autotutela han sido expresamente incorporadas y reguladas por el ordenamiento jurídico: el ejemplo más típico es el derecho de huelga. Otras formas de autotutela consisten*

¹⁴⁶ Luigi Ferrajoli. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid, editorial Trotta, 1.999. Pág. 43, citado por: Britos Nora. Exigibilidad de los derechos sociales: estrategias y líneas de acción. Pág. 10. Internet. <http://modulosocioterritorial.files.wordpress.com/2009/08/exigibilidad-de-derechos1.pdf>. Acceso: (09 de Junio de 2.014).

¹⁴⁷ Gerardo Pisarello. Op.Cit. Pág.138. Citado por: Britos Nora. Exigibilidad de los derechos sociales: estrategias y líneas de acción. Pág. 22. Internet. <http://modulosocioterritorial.files.wordpress.com/2009/08/exigibilidad-de-derechos1.pdf>. Acceso: (09 de Junio de 2.014).

¹⁴⁸ Britos Nora. Exigibilidad de los derechos sociales: estrategias y líneas de acción. Pág. 22. Internet. <http://modulosocioterritorial.files.wordpress.com/2009/08/exigibilidad-de-derechos1.pdf>. Acceso: (09 de Junio de 2.014).

*en modalidades de ejercicio de otros derechos y libertades, así las marchas, movilizaciones y protestas sociales, los boicots de consumidores y usuarios (...)*¹⁴⁹

En este punto, cabe hacer la reflexión de que, lamentablemente, se ha restado importancia a las estrategias de exigibilidad que parten de la autotutela de los derechos en relación con los mecanismos institucionalizados que, cuando no existen, suponen la excusa perfecta para justificar el incumplimiento, sin embargo, se debe recordar que la historia de los Derechos Humanos (y no sólo la de los DESC) es una historia de lucha por la reivindicación; lucha muchas veces sangrienta que no es lo que se espera repetir pero lucha al final. Con el paso del tiempo y, sobretodo en nuestra América me atrevo a decir, la ciudadanía ha caído en una suerte de sueño de los justos en relación a los abusos que se han tapado con dádivas de gobiernos de corte populista.

Ante esta situación, solamente cabe recordar la importancia de la autotutela de los derechos y recordar que quien no sabe, no puede ejercer conscientemente sus derechos ni es capaz de reclamar o defenderse ante las amenazas o vulneraciones de los mismos y que, en consecuencia, la principal responsabilidad recae sobre quienes son titulares de los derechos, como sujetos responsables de su ejercicio consciente. Estas ideas se desarrollarán en el último capítulo del presente trabajo.

Cabe señalar que en nuestros días afrontamos tendencias a la criminalización de la protesta social, al uso de herramientas penales para enfrentar las demandas derivadas de la autotutela de la población de sus derechos sociales. En este sentido, Gargarella señala que:

“en situaciones como la que se presenta durante los “cortes de ruta”, las autoridades no tienen habilitado cualquier tipo de argumentos, ni cualquier tipo de respuestas. En tales situaciones, los derechos involucrados son múltiples, y muchos de ellos (por ejemplo, los vinculados con la práctica de presentar quejas frente a las autoridades), seguramente, resultan prioritarios frente a los (también valiosos) propósitos de preservar el tránsito o el libre comercio interprovincial. Cuando los jueces asignan valor sólo (o casi exclusivamente) a éstos últimos propósitos,

¹⁴⁹ Víctor Abramovich y Christian Courtis. Op.Cit. Pág. 90. Citado por: Britos Nora. Exigibilidad de los derechos sociales: estrategias y líneas de acción. Pág. 23. Internet. <http://modulosocioterritorial.files.wordpress.com/2009/08/exigibilidad-de-derechos1.pdf>. Acceso: (09 de Junio de 2.014).

comprometen a sus sentencias con un balance de argumentos jurídicamente sesgado y, por lo tanto, difícilmente aceptable (...). La respuesta penal contra los manifestantes no debería ser, necesariamente, la primera ni la principal respuesta a la que el Estado debería apelar. Cuando los jueces, despreocupada o apresuradamente, recurren a este tipo de soluciones represivas, comprometen al Estado con el tipo de injusticia política que el Estado, justamente, debiera encargarse de erradicar.”¹⁵⁰

Ante esto, el reto que queda es el de asumir la posibilidad de ejercer mecanismos de autotutela como una responsabilidad que no abandere cualquier necesidad de vandalismo sin sentido que, abanderado como protector o seguidor de los Derechos Humanos, busque, precisamente, afectar esos mismos derechos; recordando que la autotutela de los derechos sociales por parte de la ciudadanía forma parte de las condiciones sin las cuales no resulta pensable la articulación de estrategias de exigibilidad de derechos.

2.2.4 Mecanismos de exigibilidad en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano

Cabe iniciar recordando el concepto de bloque de constitucionalidad que, al decir de Nogueira, es:

“el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuente del derecho internacional de los Derechos Humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de ius cogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados por vía del artículo 29, literal c de la Convención Americana de Derechos Humanos.”¹⁵¹

Como consecuencia de la existencia de la figura del bloque de constitucionalidad:

“los derechos sociales fundamentales explícitos son aquellos contenidos en el texto constitucional, no obstante, sus atributos se complementan con aquellos asegurados por los

¹⁵⁰ Roberto Gargarella. El derecho a la protesta. El primer derecho. Buenos Aires, Ad Hoc, 2.005, Pág.45, citado por Britos Nora. Exigibilidad de los derechos sociales: estrategias y líneas de acción. Pág. 23. Internet. <http://modulosocioterritorial.files.wordpress.com/2009/08/exigibilidad-de-derechos1.pdf>. Acceso: (09 de Junio de 2.014).

¹⁵¹ Humberto Nogueira. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano. Talca, Estudios Constitucionales, Año 7, N.2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2.009. Pág. 149.

*atributos y garantías de tales derechos contenidos en el derecho internacional de los Derechos Humanos, válidamente incorporado y vigente, en la medida que, según el propio derecho internacional, son derivaciones de la dignidad o atributos de la persona humana.*¹⁵²

Una vez comprendido este instituto jurídico, se procederá al desarrollo del contenido de las tres normas jurídicas elegidas para el desarrollo de este trabajo.

2.2.4.1 Mecanismos de exigibilidad reconocidos en la Constitución ecuatoriana

En este apartado, se seguirá el orden precedente respecto de los mecanismos de garantía internos, en ese orden de cosas, los mecanismos reconocidos en la Constitución ecuatoriana, son:

Genéricos:

- **La afirmación de la dignidad humana:** esta garantía se encuentra reconocida en el art. 11, numeral 7 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. (el subrayado me pertenece)

- **El aseguramiento constitucional de los derechos:** esta garantía está reconocida en el primer inciso del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

¹⁵² *Ibíd.* Pág. 151.

- **La existencia y vigencia efectiva de una República Democrática:** Esta garantía la encontramos recogida en el segundo inciso del artículo 1 y en el artículo 95 de la Constitución ecuatoriana, que disponen, respectivamente:

Art. 1.- (...)

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Art. 95.- *Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.*

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

- **La concepción del Estado de Derecho Democrático y el establecimiento de la promoción por parte del Estado de la igualdad de oportunidades para participar en todos los planos de la vida nacional:** Estas garantías las encontramos recogidas, respectivamente, en el primer inciso del artículo 1, inciso tercero del numeral 2 del artículo 11 y numeral 5 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana que, en ese orden, disponen lo siguiente:

Art. 1.- *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*

Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

2. (...)

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

5. *En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.*

- **La separación de funciones:** Esta garantía se ve recogida en la Constitución ecuatoriana mediante el establecimiento de cinco funciones que son:

1) *Legislativa: Artículos 118 al 140.*

2) *Ejecutiva: artículos 141 al 166.*

3) *Judicial y Justicia Indígena: artículos 167 al 203.*

4) *De Transparencia y Control Social: artículos 204 al 216.*

5) *Electoral: artículos 217 al 224.*

- **Derecho a la información pública:** Esta garantía se encuentra reconocida en el numeral 2 del artículo 18 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 18.- *Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:*

2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los Derechos Humanos, ninguna entidad pública negará la información.

Como se puede desprender de la breve enunciación precedente, el Estado ecuatoriano, normativamente, cumple con la existencia de suficientes mecanismos de garantía genéricos; no obstante, se puede decir que estos no han alcanzado a ser realmente efectivos en la cotidianidad.

Específicos:

- **Normativos**

El principio de reserva legal: Esta garantía se encuentra contenida en el numeral 2 del artículo 133 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

El respeto del contenido esencial de los derechos: Esta garantía se encuentra establecida en el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

- **De control y fiscalización**

Como se estableció en el apartado anterior, además de la garantía genérica de que todo servidor público o judicial debe aplicar directamente la Constitución; existe un mecanismo de control específico y que es monopolio de la Corte Constitucional quien ejerce el control concentrado de constitucionalidad. Esto lo encontramos dispuesto, principalmente, en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 436 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias.

Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.

- **De interpretación**

La vinculación directa a la Carta Fundamental de todos los órganos y personas: Dicha garantía se encuentra recogida, respectivamente, en el primer inciso del numeral 3 del artículo 11 y en el numeral 1 del artículo 83 de la Constitución ecuatoriana, que disponen:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.

Los principios “favor homine” “pro cives” o “favor persona”: Esta garantía la encontramos en el artículo 11, numeral 5 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

La consagración del principio de progresividad de los derechos: Este principio se encuentra recogido en el primer inciso del numeral 8 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

El principio de no regresividad: Dicho principio se encuentra recogido en el segundo inciso del numeral 8 del artículo 11 así como en el artículo 84 de la Constitución ecuatoriana que, respectivamente, disponen:

Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

8. (...) *Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.*

Art. 84.- *La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.*

- **Jurisdiccionales**

En el caso de la norma fundamental ecuatoriana, las garantías jurisdiccionales se encuentran desarrolladas en los artículos 86 al 94 y son las siguientes:

- 1) Acción de Protección: artículo 88.
- 2) Acción de Hábeas Corpus: artículos 89 y 90.
- 3) Acción de Acceso a la Información Pública: artículo 91.
- 4) Acción de Hábeas Data: artículo 92.
- 5) Acción por Incumplimiento: artículo 93.
- 6) Acción Extraordinaria de Protección: artículo 94.

2.2.4.2 No Institucionales o Sociales

Dentro de esta clase de mecanismos, en la Constitución ecuatoriana se encuentran reconocidos los siguientes:

El derecho de voto: Esta garantía se encuentra reconocida en el primer inciso del artículo 62 la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 62.- *Las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente*

El derecho de petición: Esta garantía se encuentra reconocida en el artículo 66, numeral 23 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.

La iniciativa popular normativa: Dicha garantía se encuentra reconocida en el artículo 103, inciso primero de la Constitución, que dispone:

Art. 103.- La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente.

Convocatoria a Consulta Popular: Dicha garantía se encuentra reconocida en el inciso cuarto del artículo 104 de la Constitución, que dispone:

Art. 104.- (...)

La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto. Cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral.

Revocatoria del Mandato de Autoridades de Elección Popular: Este mecanismo se encuentra reconocido en el primer inciso del artículo 105 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 105.- Las personas en goce de los derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular.

El derecho de huelga: Esta garantía se encuentra reconocida en el numeral 14 del artículo 326 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 326.- *El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:*

14. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

El derecho a la resistencia: Esta garantía se encuentra reconocida en el artículo 98 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Art. 98.- *Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.*

Finalmente, se puede decir que otras formas de autotutela como las marchas, movilizaciones y protestas sociales se encuentran amparadas por lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 66 de la Constitución ecuatoriana; dicho texto dispone:

Art. 66.- *Se reconoce y garantizará a las personas:*

13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

2.2.4.3 Mecanismos de exigibilidad reconocidos en la Convención Americana de DDHH

En este apartado, se tratará sobre los mecanismos de exigibilidad contenidos en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; para esto, se seguirá el mismo esquema presentado en el punto anterior. Dichos mecanismos son:

Genéricos:

La afirmación de la dignidad humana: esta garantía se encuentra reconocida en el art. 29, literal C de la Convención mediante el reconocimiento de los derechos inherentes al ser humano, es decir, a su dignidad. Dicha norma dispone:

Art. 29.- Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno

El aseguramiento normativo de los derechos: esta garantía está reconocida, mediante la obligación de respeto, contenida en el numeral 1 del artículo 1 de la Convención, que dispone:

Art. 1.- Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Específicos:

- **Normativos**

El respeto del contenido esencial de los derechos: Esta garantía se encuentra establecida en el literal A del artículo 29 de la Convención, que dispone:

Art. 29.- Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

- **De control y fiscalización**

En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, existen dos organismos que se encargan del control y fiscalización respecto de los compromisos adquiridos por los Estados Parte en esta convención. Esta garantía se encuentra recogida en el artículo 33 de la Convención, que dispone:

Art. 33.- *Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:*
a) *la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y*
b) *la Corte Interamericana de Derechos Humanos llamada en adelante la Corte.*

- **De Interpretación**

La vinculación directa de todos los órganos y personas: Dicha garantía se encuentra recogida, respectivamente, en el numeral 1 del artículo 1 y en el numeral 2 del artículo 32 de la Convención, que disponen, respectivamente, lo siguiente:

Art. 1.- *Obligación de Respetar los Derechos*

1. *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Art. 32.- *Correlación entre Deberes y Derechos*

2. *Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*

La consagración del principio de progresividad de los derechos: Este principio se encuentra recogido en el artículo 26 de la Convención y se trata de la única norma de este tratado que se refiere específicamente a los DESC. La norma dispone:

Art. 26.- *Desarrollo Progresivo.*

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

- **Jurisdiccionales**

La Convención tiene previsto como mecanismo de tipo jurisdiccional, el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esta garantía se encuentra reconocida en el numeral 3 del artículo 62, que dispone:

Art. 62.-

2. *La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido y reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.*

2.2.4.4 No Institucionales o Sociales

Dentro de esta clase de mecanismos, en la Convención americana se encuentran reconocidos los siguientes:

El derecho de voto: Esta garantía se encuentra reconocida en el literal B del numeral 1 del artículo 23 de la Convención, que dispone:

Art. 23.- Derechos Políticos

1. *Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:*
 - b) *de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*

El derecho de petición: Esta garantía se encuentra reconocida en el artículo 44 de la Convención, que dispone:

Art. 44.- *Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte.*

Finalmente, se puede decir que otras formas de autotutela como las marchas, movilizaciones y protestas sociales se encuentran amparadas también por esta Convención mediante lo dispuesto en los numerales 1 y 2 de su artículo 16:

Art. 16.- Libertad de Asociación

1. *Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.*
2. *El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás*

2.2.4.5 Mecanismos de exigibilidad reconocidos en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Respecto del PIDESC, los mecanismos de exigibilidad o mecanismos de garantía reconocidos, son los siguientes:

Genéricos:

- **El aseguramiento normativo de los derechos:** esta garantía está reconocida en el numeral 2 del artículo 2 de la Convención, que dispone:

Artículo 2

3. *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Específicos:

- Normativos

El respeto del contenido esencial de los derechos: Esta garantía se encuentra establecida en el artículo 4 y en los numerales 1 y 2 del artículo 5 de la Convención, que disponen:

Artículo 4

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los Derechos Humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

- De control y fiscalización

En el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Parte se comprometen a presentar informes respecto de los compromisos adquiridos; dichos informes se presentarán al Secretario General de la ONU que los hará llegar al Consejo Económico y Social. Esta garantía se encuentra recogida en el literal A del numeral 2, del artículo 16 del Pacto, que dispone:

Artículo 16

2. a) *Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto;*

- **De interpretación**

La vinculación directa de todos los Estados: Dicha garantía se encuentra recogida en el artículo 3 del Pacto, que dispone:

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

La consagración del principio de progresividad de los derechos: Este principio se encuentra recogido en el numeral 1 del artículo 2 del Pacto, que dispone:

Artículo 2

1. *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*

- **Jurisdiccionales**

En el caso del PIDESC, las garantías de acceso al sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, se encuentran desarrolladas en el Protocolo Facultativo a este pacto, sin embargo, por la importancia de su reconocimiento y más allá de que no son parte en estricto sentido del Pacto que se ha estado analizando; se desarrollará su contenido.

El mecanismo a utilizarse es la denuncia ante el Comité DESC de las violaciones a los derechos del PIDESC cometidas por un Estado parte, dicha denuncia puede hacerse de cuatro formas establecidas en el Protocolo, a saber:

Comunicaciones individuales: por personas y grupos de personas, reconocida en el numeral 1 del artículo 2.

Adopción de medidas provisionales: antes de decidir sobre la admisibilidad de una comunicación. Reconocida en el artículo 5 del protocolo.

Comunicaciones Interestatales: queja de un Estado parte contra otro siempre que haya una ratificación expresa de ambos Estados del Art. 10.1. Reconocido en el artículo 10.

Procedimiento de investigación: (activado con la ratificación expresa del Estado parte del Art. 11.1) para violaciones graves o sistemáticas de los derechos, cuando el Comité DESC recibe información confiable de este tipo de violaciones. Reconocido en el artículo 11.

3. CAPÍTULO 3: PROBLEMÁTICA ALREDEDOR DE LOS MECANISMOS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DESC EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Para iniciar este capítulo, cabe realizar la aclaración de que, más allá de la discusión sobre la existencia o no del neo-constitucionalismo, lo que se buscará es atender aquellas novedades que trajo la aprobación de la Constitución ecuatoriana de 2.008; tomando en cuenta el hecho de que en su texto existen algunas normas que refuerzan la vigencia de los derechos (aunque sólo normativamente) y que son necesarias de ser tratadas.

En suma, de conformidad con lo expuesto por Ferrajoli: *“La ciencia jurídica puede concebirse hoy en día como una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”*¹⁵³, se tratará de poner en práctica el hecho de que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo; esto mediante el análisis de las posturas teóricas alrededor de este noble instituto jurídico. Para el desarrollo de este acápite se seguirá, principalmente, el pensamiento de Ramiro Ávila Santamaría como teórico que ha dedicado amplios trabajos a analizar esta temática en el contexto ecuatoriano.

3.1 Contexto Jurídico

Para ubicar el contexto jurídico que se vive en la realidad ecuatoriana, cabe tomar en cuenta el hecho de que la Constitución que entró en vigencia el 20 de octubre de 2.008, generó una serie de cambios así como cuestionamientos y debates respecto de su contenido y aplicación; que servirá de base para la realización de este capítulo.

¹⁵³ Luigi Ferrajoli. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid, Trotta, quinta edición, 2.006. Pág. 33.

3.1.1 Un cambio de paradigma

La Constitución ecuatoriana, promulgada en el año 2.008, plantea un cambio total del paradigma del funcionamiento del ordenamiento jurídico en nuestro Estado; cambio que debe ser entendido y, sobretodo, aplicado por todos los sujetos de derechos de la sociedad ecuatoriana que son los llamados a ejercer una ciudadanía consciente y fiel cumplidora de derechos y deberes, así como comprometida con su desarrollo y difusión.

Con este cambio de paradigma, se trata de explicar el fenómeno llamado en un sector grande de la academia jurídica como: “Neo-Constitucionalismo”, que busca situar en el centro de todo el aparataje estatal y social, a los derechos y, siendo más específicos, a los sujetos de derechos como titulares de los mismos¹⁵⁴; donde éstos sean lo más importante y ya no se vean disminuidos por la norma escrita o por el poder político, que sus derechos sean plenamente exigibles como lo establece el art. 11 de nuestra norma constitucional pero que, además, sean exigibles con criterios mínimos de no discriminación, inclusión, justicia y democracia.

En este sentido, el Plan Nacional de Desarrollo señala que la consecución del buen vivir, presupone la ampliación de las libertades, oportunidades y potencialidades de los seres humanos y el reconocimiento de unos a otros para alcanzar un porvenir compartido; lo que, necesariamente, implica un cambio en el modo de Estado que recupere sus capacidades de gestión, planificación, regulación y redistribución y que profundice los procesos de desconcentración, descentralización y participación ciudadana.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, se puede decir que el cambio de paradigma supera el ámbito jurídico estrictamente formal y recuerda la esencia del Derecho como una creación del ser humano y como una responsabilidad del mismo al momento de hacerlo efectivo. Supera la mera existencia de normas y llama a un reconocimiento de la persona y sus potencialidades, las mismas que encontrarán sus medios de concretización en las libertades reconocidas por la Constitución pero también mediante su ejercicio consciente

¹⁵⁴ Aclaración: en nuestro ordenamiento jurídico los sujetos de derecho son: las personas naturales, las personas jurídicas, el nasciturus y la naturaleza. No obstante, en este trabajo se hará énfasis a la persona natural como sujeto de los derechos económicos, sociales y culturales.

a través de los mecanismos de participación ciudadana y, por otro lado, de los mecanismos de exigibilidad social. Respecto del neo-constitucionalismo como doctrina se profundizará en este capítulo mientras que la propuesta más allá del estricto sentido normativo y doctrinal se revisará en el capítulo siguiente.

3.1.2 ¿Neo-constitucionalismo o justicia?

Para iniciar este apartado, es necesario establecer que, en opinión del autor, más allá de la teoría jurídica, cualquier visión respecto del Derecho debería tender a respetar la esencia misma del ser humano como sujeto de derechos y, en ese orden de cosas, más allá de neo constitucionalismo o cualquier otra etiqueta, se debería hablar de justicia. Para intentar responder a la pregunta planteada, se realizará un resumen de los puntos más importantes del trabajo titulado: “En defensa del neoconstitucionalismo transformador” del profesor Ávila que sintetiza los debates alrededor de esta llamada nueva corriente y que permitirá hacer algunas conclusiones.

Siguiendo el orden planteado en el artículo guía, hay que aclarar que ésta es una corriente todavía en construcción¹⁵⁵, lo que significa que todavía no se pueden establecer posiciones absolutas; hecho que, en lugar de ser un problema o debilidad como lo es para la mayoría de personas, se debe ver como una oportunidad para la construcción de una teoría jurídica que corresponda a la realidad nacional y no se limite a la recopilación de ideas de otras latitudes.

- Sobre las precisiones metodológicas

En general, en el Ecuador, se ha tenido la creencia de que mediante las normas jurídicas se podrá construir la sociedad ideal; no obstante, la experiencia ha mostrado que no es así y que no le corresponde al Derecho el cambio de la realidad mediante normas sino que éste solamente plantea el marco en el cual cada sujeto e Institución debe actuar para, en conjunto, lograr en la práctica lo que en la norma se ha establecido; en consecuencia, la

¹⁵⁵ Ramiro Ávila. En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. Quito, UASB Digital, 2012. Pág. 1.

crítica que dice que: “El neoconstitucionalismo pretende hacernos creer que, por incluir más derechos y principios en la Constitución, vivimos una realidad diferente y el país ha cambiado”¹⁵⁶ queda sin fundamento por caer en falacia.

Esto queda mejor explicado por el profesor Ferrajoli que invoca a la “Ley de Hume”, que consiste en que no se derivan lógicamente de premisas descriptivas, conclusiones prescriptivas.¹⁵⁷ Es decir, no se concluye a partir del ser (realidad), el deber ser (norma), y a esta conclusión la llama falacia naturalista; de igual forma, no se concluye a partir del deber ser (norma), el ser (realidad), que es la falacia normativista. Estas dos falacias llevan a una distorsión del razonamiento, confunden y acaban legitimando la posición del que las sostiene. Otros ejemplos, por el hecho de que el gobierno ejerza el poder de forma autoritaria (ser), no significa necesariamente que la Constitución sea autoritaria (deber ser); tampoco que porque la Constitución establece los derechos de la naturaleza (deber ser), significa que se ha legitimado la explotación minera a gran escala (ser).¹⁵⁸

Con esto queda claro que no se debe tratar de desvirtuar al texto constitucional y su contenido teórico por el hecho de que la realidad no se corresponda y viceversa; sino que, más bien, se debe procurar separar ambas categorías para evitar falacias.

- **El neoconstitucionalismo como nominación y teoría**

Mucho se ha dicho que lo único que es nuevo en el neoconstitucionalismo es el nombre, no obstante, el punto crítico de esta corriente no es, precisamente, su nombre; sino el fondo de su teoría, la misma que varía según el autor porque no existe una sola visión al respecto.

En este sentido, se puede decir que lo que importa no es la etiqueta sino el contenido de la corriente; que para el profesor Ávila:

¹⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 2.

¹⁵⁷ Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Editorial Trotta, séptima Edición, 2.005, Pág. 321 y ss. Citado por Ramiro Ávila. En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. Quito, UASB Digital, 2012. Pág. 2.

¹⁵⁸ Ramiro Ávila. En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. Quito, UASB Digital, 2012. Pág. 2

El neoconstitucionalismo, sin ánimo de agotar la discusión ni de elaborar un concepto acabado, no es otra cosa que la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría del Derecho y del Estado. El derecho se construye ya no a partir de la ley, de la propiedad, del mercado, de la autonomía de la voluntad, del derecho subjetivo, del Estado, del orden público, de los principios generales, de la civilización, del progreso; sino que debe construirse a partir de las personas y colectividades y de sus derechos. En este sentido, la teoría del Derecho ya no puede ser el título preliminar del Código Civil y la teoría del Estado no debe ser solo la institucionalidad y la organización del poder. Los derechos fundamentales son un medio y al mismo tiempo el fin de la teoría, del Estado y de la organización social.¹⁵⁹

Como se advirtió al inicio de este capítulo, el neoconstitucionalismo, en general, lo que busca es poner el mayor énfasis en las personas y sus derechos que en otras instituciones jurídicas para evitar que las realidades atroces que afectan a la humanidad se sigan viendo inmunes a la atención de aquellas instituciones jurídicas que, por su exceso de formalismo, se vuelven obstáculos insalvables para la consecución de la igualdad material. A esto se refiere el profesor Ávila cuando agrega el adjetivo de transformador al neoconstitucionalismo:

Al neoconstitucionalismo hay que agregarle la palabra “transformador”, y esto significa ya una posición política. El neoconstitucionalismo transformador pretende alterar la realidad, que es de exclusión, marginalidad y discriminación, y la transformación de un sistema y una forma de vida “colonizada” a una de emancipación de las grandes mayorías de la población, que no pueden ejercer sus derechos ya que el estado les ofrece políticas paternalistas o simplemente represión penal.¹⁶⁰

- La estratósfera académica y el rol de la teoría

En este punto, se vuelve al problema de las falacias. Lo que se debe comprender es que tanto teoría como práctica deben complementarse y que la ausencia de una u otra llevaría a una producción normativa deficiente. La norma adecuada debe incorporar datos de la realidad y el saber del que ejerce y del que teoriza. Por lo tanto:

Afirmar que la Constitución no se aplica porque fue pensada por teóricos que estaban en la estratósfera, es caer en la falacia realista. La inaplicación de normas jurídicas, la ineptitud o la

¹⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 4.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

*corrupción en la Función Judicial, no es un problema de la Constitución de 1998 ni de la Constitución de 2008: es un problema estructural de los jueces y cultural de los abogados.*¹⁶¹

Se puede agregar incluso que es un problema cultural de la sociedad ecuatoriana que se ha visto reforzado por quienes ejercen el Derecho. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el verdadero problema no radica en criticar a los teóricos por quedarse en la teoría, teoría que lo que busca es renovar la visión del Derecho para que quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad puedan ejercer sus derechos en la realidad, sino en comprender que todo cambio profundo que se plantea debe seguir un proceso:

*Tenemos que teorizar previo a diseñar un modelo jurídico distinto y luego, si llegara a suceder, a aplicarlo. El hiperpresidencialismo diseñado en la Constitución de Montecristi no puede llevarse bien con un estado plurinacional y una democracia participativa, además la transición de la Constitución de Montecristi es harto deficiente y problemática. La transición ha sido una gran mentira y un gran fracaso. Aún con estos defectos, no significa que toda la Constitución sea mala, que las garantías no sean convenientes para exigir derechos o que la teoría que ayuda a comprenderla sea inadecuada. Insisto: la solución ante el deficiente funcionamiento de la Función Judicial y la ineficacia de las garantías, no es suprimir las garantías sino capacitar intensamente a los jueces para que las hagan funcionar. El reto, para que funcione adecuadamente cualquier teoría jurídica alternativa y transformadora, es cambiar la cultura jurídica. No se trata tampoco de quitar o poner más poderes, sino de hacerlos funcionar de forma adecuada para que cumplan los fines para los que fueron otorgados: garantizar los derechos de los más débiles y vulnerables.*¹⁶²

- **Los principios y las reglas**

La problemática respecto de estas dos clases diferentes de normas jurídicas se centra en su estructura en donde la regla tiene marcada una hipótesis y su consecuencia mientras que el principio, norma tética, contiene un mandato de optimización pero no una obligación o consecuencia clara. Asimismo, las funciones de estas normas varían: “*Los principios deben legitimar a las reglas y eso va acorde a la estructura constitucional, en donde el legislador debe adecuar el sistema jurídico a los derechos*”¹⁶³.

¹⁶¹ Ramiro Ávila. En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. Quito, UASB Digital, 2012. Pág.6.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ *Ibíd.* Pág. 7.

Si bien esta situación significa que las normas- regla son menos complejas en su aplicación y generan mayor seguridad jurídica al punto que Kelsen las reconocía como las únicas consideradas como Derecho; éstas no pueden resolver todos los problemas (por ello la transformación del ordenamiento jurídico fascista a través de los principios). El profesor Ávila expone al respecto:

El derecho positivo, entendido solo como reglas hipotéticas, es un derecho que no ayuda a resolver dos tipos de problemas que son reales: el problema de las reglas injustas, por un lado, y el problema de los conflictos sociales que no tienen regla, por otro. Los principios, no las reglas, resuelven los problemas suscitados por leyes injustas o por la falta de reglas.¹⁶⁴

Y para explicar mejor la forma en que se deberían aplicar los principios, expone los siguientes ejemplos:

Ubiquémonos históricamente en nuestro continente para entender estos problemas. ¿Qué pasó con todos los jueces en Latinoamérica cuando, en un contexto de aplicación de normas que promovían la seguridad nacional, aplicaron un derecho que era injusto? Nadie se atrevió a sancionar una ejecución extrajudicial, una tortura por parte de un agente del estado, un genocidio o cualquier otro delito de lesa humanidad. La justificación de los jueces era que no existían normas. Por otro lado, cuando realizaron los agentes de estado actos violatorios a los derechos, argumentaban que estaban cumpliendo con la ley. No existían reglas, como tipos penales adecuados, y existían normas injustas, como el juicio de civiles por parte de militares en casos de estado de excepción. La lógica del derecho por principios ha contribuido a resolver estos problemas históricos. El principio desata las manos del juez y permite hacer justicia en el caso cuando la regla es injusta.¹⁶⁵

En este sentido vemos la importancia de la existencia de los principios como una herramienta para la autoridad jurisdiccional al momento en que la norma resulte injusta (en contraposición a la norma Constitucional) o, simplemente no exista una norma expresa aplicable y se deba subsanar ese vacío jurídico.

En suma, lo que se debe entender es que los principios ayudan a resolver los conflictos sociales que existen y no tienen reglas para resolverlo y que un juez tiene la capacidad, en el

¹⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 8.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

sistema jurídico por principios, de poder resolver cuando hay violaciones a esos derechos que no tienen su correlato en una regla hipotética.¹⁶⁶

De nuevo se plantea la importancia de la existencia de los principios que permitirían a la autoridad jurisdiccional resolver problemas sociales de fondo que no pueden ser adecuados a una regla de derecho por su propia naturaleza variable dependiendo del caso.

- **Interrelación entre principios y reglas**

En este punto, la discusión gira en torno a que el hecho de que dejar que el contenido de los principios pueda ser definido por la autoridad jurisdiccional significaría abrir paso a la arbitrariedad y la inseguridad jurídica porque solo la legislatura debería definir el contenido y alcance de los mismos; no obstante hay que recordar que los principios son mandatos de optimización y, para su cumplimiento, las posibilidades son varias; razón por la cual la autoridad jurisdiccional debe poder establecer su alcance aunque siempre tomando en cuenta las reglas ya que principios y reglas son complementarios.

El debate no debería ser si las reglas son las únicas normas que deberían existir o si se oponen a los principios. Los principios y las reglas son normas jurídicas complementarias: no se puede aplicar un principio nunca si no hay una regla. La diferencia con el positivismo tradicional está en que antes el poder legislativo era la única autoridad para producir normas válidas. En el sistema jurídico constitucionalizado, también producen normas jurídicas válidas los jueces para los casos y la Corte Constitucional con carácter generalmente obligatorio. Pero siempre el juez, cuando resuelve un caso aplicando un principio, tiene que acabar creando una regla mediante un proceso argumentativo.¹⁶⁷

En suma, la posibilidad de que la autoridad jurisdiccional pueda crear normas válidas no debería ser censurada sino más bien entendida como un proceso lógico de argumentación en el que se cumpla con la norma y se la aplique de forma más cercana a la realidad evitando que se vuelva, la autoridad jurisdiccional, simple reproductora de lo que establece la norma. No debemos olvidar que existen normas que resultan injustas (por varias razones

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ Ramiro Ávila. En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. Quito, UASB Digital, 2012. Pág.9.

como por ejemplo su entrada en vigencia de forma previa a la aprobación del nuevo texto constitucional) y que, muchas veces, se convertían en verdaderos obstáculos a la hora de impartir justicia o casos en los que no existía norma y que, por esa razón, dejaban de ser resueltos; el verdadero objeto de la existencia de los principios y la posibilidad de utilizarlos para resolver los casos es liberar a las autoridades jurisdiccionales de este tipo de impedimentos y permitirles ejercer su jurisdicción de manera plena. Así lo entiende el profesor Ávila:

La aplicación de principios mediante la argumentación jurídica requiere normas de lógica, coherencia, consistencia y razonamiento. En este sentido, es totalmente arbitrario aplicar un principio si es que no se construye una regla de forma adecuada. Y en este aspecto existe una falencia grave en el Ecuador. Al no existir proceso argumentativo, la discrecionalidad se impone. Pero otra vez, no es un problema de los principios sino de su aplicación. Cuando los jueces resuelven por un interés económico o por influencias políticas, da igual si aplica principios o reglas, la resolución siempre será arbitraria. Para revisar estas deficiencias argumentativas y la aplicación arbitraria de principios y reglas, existe la acción extraordinaria de protección. Insisto, la gran ventaja del principio y de su aplicación directa es que desata las manos al juez y le da la posibilidad y la competencia para que pueda resolver en contra de una regla injusta. Y, por otro lado, le da la posibilidad para que, aún en ausencia de reglas, los jueces efectivamente no nieguen justicia, apliquen un principio y construyan una regla para un caso concreto¹⁶⁸

Por otro lado, se ha dicho que tanto las normas penales como las civiles (aunque estas últimas en menor medida) son ejemplos claros de reglas de Derecho y que su aplicación no exige mayor argumentación por lo que coadyuvan a la vigencia de la seguridad jurídica; no obstante esto no es totalmente cierto dado que los principios también los encontramos en estas dos áreas del Derecho.

En el Derecho Penal tenemos, por ejemplo, atenuantes o agravantes que hacen que la norma general no se aplique a su tenor literal sino que dependa de una argumentación jurídica; en el caso del Código Civil nos encontramos con conceptos jurídicos indeterminados como el del “buen padre de familia” o “negligencia”, “dolo”, “culpa grave, leve o levísima” que, asimismo, deberán ser determinados mediante el ejercicio de argumentación de la autoridad jurisdiccional. Por lo que el profesor Ávila concluye: “Así que la novedad del derecho por reglas o

¹⁶⁸ *Ibíd.*

*principios no es tan nuevo ni amenazador al derecho como se pinta. La novedad consiste en que los principios que deben aplicarse son muchos y están en la Constitución y que estos, en gran parte, son derechos fundamentales”*¹⁶⁹

Finalmente, respecto de los problemas de falta de capacitación o corrupción en la función jurisdiccional, el enfoque tiene que ser claro. El problema no es la constitución sino quienes la aplican.¹⁷⁰

- **El liberalismo, los derechos individuales y colectivos**

En este punto, se cae de nuevo en el error de querer categorizar los derechos y darle a los civiles y políticos una preeminencia sobre los DESC o los derechos colectivos cuando, en realidad, todos los derechos son correlativos y complementarios. Si bien existe una limitación de los derechos de libertad, esta limitación no supone eliminación y se explica, en palabras del doctor Ávila, de la siguiente manera:

*Desde la teoría de los derechos fundamentales, los derechos relacionados con la autonomía de la voluntad, los patrimoniales, los políticos y las libertades son “derechos poder”. Esto quiere decir que tienen que ser limitados como cualquier poder. Si estos derechos, que L. Ferrajoli considera secundarios, no son limitados, tienden a la acumulación, a la expansión y al abuso. Esto no significa que están neutralizados. Limitados no es sinónimo de neutralizados. Si alguna persona, arbitrariamente, no puede ejercer sus derechos de libertad tendrá derecho a impugnar a través de una acción de protección de derechos ese acto u omisión. La famosa frase de que los derechos de unos terminan donde comienzan los derechos de otros, se aplican con absoluta claridad en los casos de los derechos de libertad.*¹⁷¹

En suma, de lo que se trata no es de una limitación arbitraria a los derechos sino de una limitación fundamentada en el respeto de los derechos, de TODOS los derechos, de TODAS las personas.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ Ramiro Ávila. En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. Quito, UASB Digital, 2012. Pág. 12.

¹⁷¹ *Ibíd.* Pág.13.

- La constitucionalización del derecho privado

En este punto se ha hablado de que la constitucionalización del derecho privado supondría una intromisión del Estado en la esfera privada de las personas y que eso es un abuso inaceptable; no obstante, no debe entenderse de esa manera esta constitucionalización sino como la posibilidad de controlar el abuso que puede generarse también en las esferas privadas (y que quizás es el más común en la realidad) recordando que en el Estado Constitucional todos los derechos son protegidos y éstos se vuelven los límites de la intervención estatal. El profesor Ávila establece al respecto:

La Constitución del 2008, al establecer que existe la posibilidad de que particulares, por cuestiones de abuso de poder, de discriminación o por situaciones de sumisión, puedan ser controlados constitucionalmente a través de una acción de protección, lo que está haciendo es avanzar en la teoría clásica de los Derechos Humanos, por la que sólo el Estado podía violar derechos. La realidad nos demuestra que los particulares pueden violar Derechos Humanos y en los ámbitos que los liberales consideraban inviolables, tales como la esfera doméstica, el abuso contractual de las empresas, el poder de las multinacionales para explotar laboralmente y contaminar, la mala práctica médica. La teoría contemporánea de los Derechos Humanos considera que cualquier poder, público o privado, debe ser limitado por los derechos constitucionales.¹⁷²

En esencia, se vuelve a la idea principal de esta corriente, que el Derecho se fundamente en el respeto del ser humano y su calidad de tal a través del cumplimiento cabal de sus derechos, de tal manera que:

La promoción y respeto del derecho privado y el mercado, desde la perspectiva constitucional, sólo tiene sentido en tanto el derecho privado y el mercado son medios para ejercer, proteger y promover los derechos. Si el mercado y el derecho privado son fuentes, al contrario, de violación de derechos, no sólo que se puede hacer una lectura desde el derecho constitucional sino que el Estado debe intervenir para evitar y reparar por violaciones de los derechos.¹⁷³

¹⁷² Ibíd. Pág.14.

¹⁷³ Ibíd.

- El Estado de derechos

Se ha dicho respecto de este punto que, dado que el Estado es potencialmente el mayor violador de derechos de las personas, hablar de Estado de derechos es un tanto contradictorio; además se establece que hablar de Estado de Derecho significa el sometimiento del Estado y su accionar a reglas, a normas; mientras que el Estado de derechos ha significado una expropiación de los derechos individuales por parte del Estado. No obstante, en opinión del autor, más bien el hecho es que el Estado y todos sus elementos (incluido el elemento humano) se verán sometidos a los derechos en su accionar y que, por lo tanto, la medida supera a la norma que, muchas de las veces, puede ser injusta. El profesor Ávila se pronuncia al respecto de la siguiente manera:

Desde mi perspectiva, hay un avance importante en la nominación en plural. La clave está en distinguir la diferencia entre un estado legal y un estado constitucional. En el estado legal, la autoridad estaba sometida a la ley y la ley es hecha por el parlamento; el parlamento al elaborar la ley resultaba ser la única autoridad no sometida. En el estado constitucional, en cambio, toda autoridad, incluida el parlamento, está sometida a la constitución. Pero la constitución tampoco es cualquier norma: tiene derechos que se consideran fundamentales. El estado legal puede convivir con el autoritarismo y con la violación masiva a los Derechos Humanos; el estado constitucional no. En términos de autoritarismo, no hay mucha diferencia entre un estado absoluto y un estado legal.¹⁷⁴

El autor citado hace énfasis en el hecho de que el sometimiento del poder estatal, no debe ser solo a la ley; ya que esta situación traía como consecuencia que el legislativo sea el único poder que no estaba sometido a control, (lo que en la lógica de un Estado legalista es obvio dado que se decía que la función legislativa era la más cercana al pueblo, porque era electa directamente por este) no obstante, el cambio de nominación supone, el sometimiento de todos los poderes a los principios o derechos que están por encima de cualquier norma ya que se fundamentan en la dignidad del ser humano. Cabe tener en cuenta que este sometimiento es generalizado para todos los actores sociales, privados o públicos, institucionales o personales. Ya que:

¹⁷⁴ Ibíd. Pág. 15.

En la lógica tradicional, sólo el estado y sus funcionarios públicos están sometidos a la ley; en el estado de derechos, la idea es que todo poder público y privado se somete a los derechos fundamentales, que están reconocidos tanto en la constitución como en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. El acento no está sólo en la constitución como instrumento normativo, sino en todos los derechos, como atributos de los seres humanos y de la naturaleza; de esta forma el término supera a la denominación de estado constitucional (no basta someterse a una constitución, sino que esta constitución debe ser cargada de derechos).¹⁷⁵

Por otro lado, también hay que decir que el Estado de derechos significa que se reconoce la pluralidad jurídica lo que supera al Estado como única fuente de validez normativa y a la ley como única norma válida; reconociendo la importancia de otros ordenamientos jurídicos como el sistema regional que proviene de la OEA o la Comunidad Andina, el sistema internacional que brota de los órganos del sistema de Naciones Unidas y el sistema de justicia indígena que tiene rango constitucional.¹⁷⁶

Respecto del rol de un Estado de derechos:

El estado al denominarse de derechos no significa que ha expropiado los derechos de las personas y colectividades, sino que el estado es un medio que tiene como fin la realización y la protección de los derechos. En este sentido, si bien el estado siempre tiene la potencialidad de violar los derechos por ser un poder, y con mucha más razón si pensamos en el poder punitivo, lo cierto es que no hay un poder que pueda garantizar mejor los derechos, que el poder del estado.¹⁷⁷

En suma, se debe entender que el Estado, al ser la sociedad políticamente organizada, es el llamado a garantizar los derechos mediante su estructura porque engloba a todo el elemento humano; no obstante, el elemento poder que está presente y es susceptible de violar derechos, deberá entenderse como limitado por esos mismos derechos en la lógica del Estado de derechos.

¹⁷⁵ Ibíd.

¹⁷⁶ Ibíd.

¹⁷⁷ Ibíd.

- El Estado como titular de derechos

En este caso se vuelve al problema de que la práctica ha llevado a pensar que el Estado tiene derechos en un Estado de derechos y que, por esa razón, podría demandar a sus ciudadanos o ciudadanas. Esto es ilógico e irracional sostenerlo dado que el Estado, al ser una persona jurídica, de ninguna manera puede ser titular de todos los derechos fundamentales¹⁷⁸ ni si quiera por representación debido a que no tiene calidad de ser humano; es claro el mal entendimiento que el detentador de poder tiene respecto del Estado de derechos que usa y desusa a su antojo y beneficio así como el lamentable apoyo que recibe de las autoridades jurisdiccionales que sentencian en su favor pero esto no es culpa ni de la Constitución ni de la consagración del Ecuador como Estado de derechos. Lo que el Estado tiene son potestades y no derechos, dichas potestades están limitadas por los derechos y NUNCA al revés. Sobre este aspecto, el profesor Ávila dice:

Cuando el estado ejerce una acción de protección contra un ciudadano, está tergiversando la lógica de los derechos y del rol del estado. Las garantías son mecanismos que sirven para prevenir o reparar los daños provocados por abusos de poder. Cuesta entender que los ciudadanos puedan provocar daños a un ente que no es humano. Es inconcebible que el estado esté ejerciendo derechos limitando y vinculando a los ciudadanos. Llama la atención que el estado planté acciones de protección extraordinarias cuando pierde los juicios; pero llama más la atención cuando los gana. De igual modo llama la atención que el presidente de la República se ofenda porque alguien opine en contra de la forma como ejerce el poder, demande y, más aún, que gane los juicios. Flaco favor le hace la práctica absolutamente incoherente de un gobierno que se siente víctima de violación de derechos a la teoría neoconstitucional del derecho. De igual modo, el rol de los jueces que garantizan al poder, tampoco ayudan a la comprensión de un estado garantista.¹⁷⁹

- El rol del Estado: ¿Estado mínimo o fuerte?

Siempre se ha sostenido que el hecho de que el Estado tenga la posibilidad de intervenir en varios aspectos de la vida de la ciudadanía es muy peligroso porque se da paso a la

¹⁷⁸ Cabe aclarar que, si bien el Estado puede ser titular de ciertos derechos fundamentales como la propiedad, no puede serlo respecto de todos los derechos fundamentales, como los DESC en lo referente a esta disertación.

¹⁷⁹ Ramiro Ávila. En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. Quito, UASB Digital, 2012. Págs. 15-16

posibilidad de violación de derechos; no obstante, el Estado como comunidad política organizada, siempre ha tenido la posibilidad de intervención y ha sido fuerte y ha violado derechos más allá del modelo que seguía (Liberal, supuestamente no intervencionista o Social, con demasiada intervención). Con esto lo que se debe comprender es que no se trata del tipo de Estado sino del rol que este cumple para evitar que su poder se extralimite y para ello precisamente se incluye en nuestra Constitución la denominación del Ecuador como Estado Constitucional de derechos y justicia.

Los ejemplos claros de errores cometidos en el rol del Estado son los modelos, liberal y socialista, así lo explica el profesor Ávila:

Hay dos errores históricos en cuanto al rol del Estado, que conviene tener en cuenta para no caer en tergiversaciones ni en generalizaciones. Uno es el Estado socialista, fuerte y autoritario. El otro es el Estado liberal mínimo, sin poder ni capacidad de intervención en lo social. El primero despreció los derechos de libertad y eso fue un error que los regímenes socialistas reales lo pagaron muy caro. El segundo despreció los derechos sociales y es un error que lo estamos pagando sociedades inequitativas como las nuestras, particularmente las personas más pobres y vulnerables de la sociedad. El socialismo sin libertad se torna en un sistema de opresión; el liberalismo sin justicia social se torna en un sistema de inequidad.¹⁸⁰ (El subrayado es mío)

Como se desprende del texto, los modelos estatales tradicionales, dependiendo del caso, cometieron errores al dejar de lado unos u otros derechos; el punto ahora es, precisamente, no repetir esos errores y buscar que el rol del Estado sea entendido como el de un verdadero defensor y promotor de los derechos, de todos los derechos de las personas al punto que él, inclusive, se ve limitado por ellos. No se debe buscar ni un Estado mínimo ni un Estado absoluto, ni la nula intervención ni la inexistencia de libertad; lo que se debe buscar es un Estado realmente democrático en donde la libertad se respete pero mediante la garantía de todos los derechos, en donde la diferencia no radique en la capacidad de acceder al mercado o no. Por lo tanto, el rol del Estado es crucial para la garantía de los derechos y no al revés:

El Estado, aún para beneficio de los libertarios y como garantía del juego en el mercado, para evitar monopolios o distorsiones, tiene que existir. Pero ahí donde el mercado no satisface las

¹⁸⁰ Ibíd. Pág.16

*necesidades de los más vulnerables, al punto que no pueden ser agentes económicos ni pueden competir, debe también haber un estado. Cuando hay muchas personas que no tienen capacidad para satisfacer sus necesidades básicas en el mercado, porque tienen precio y se convierten en inaccesibles, el estado tiene la obligación de ofrecer servicios de calidad, adecuados y suficientes. No es aceptable que la salud y la educación de calidad, por ejemplo, dependan de la capacidad económica. El estado, por otro lado, que requiere la plurinacionalidad y la garantía de los derechos del buen vivir, tiene que ser radicalmente democrático y fuerte. El estado tiene que ser controlado por quienes tienen derechos y por los otros poderes públicos. El estado debe ser un espacio de servicio, que promueva y garantice los derechos. No puede haber garantía de derechos, cuando estos son violados, si no hay estado.*¹⁸¹

Ahora bien, respecto del Estado como posible violador de derechos, no puede negarse que históricamente esta es una verdad indiscutible pero, asimismo, no podemos negar que es la única estructura formal llamada a ser la verdadera defensora de los derechos; suena un tanto incomprensible esta dicotomía pero se la entiende mejor en las palabras del profesor Ávila que, citando a Zaffaroni, explica:

*La finalidad y la legitimidad del estado la encontramos en la medida que respete y promueva los derechos. Sin embargo, no hay que negar que la historia de la humanidad haya demostrado que las violaciones más atroces a los Derechos Humanos se han producido precisamente por el estado. El maestro Zaffaroni ha demostrado que en el estado coexisten dos fuerzas opuestas, la del poder punitivo y la de democracia constitucional. La una tiende a eliminar los límites, los derechos y las garantías y, por tanto, a expandirse; la otra, en cambio, a poner límites, a establecer derechos y a fortalecer y multiplicar las garantías. La primera fortalece el poder de vigilancia y represión del estado y considera que los ciudadanos son peligrosos; la segunda, en cambio, fortalece el poder del estado para expandir al máximo las libertades de las personas. El poder punitivo está conformado por agencias que usan la fuerza, como la policía y el ejército; el poder democrático está conformado por personas que tienen derecho a vivir dignamente. Estas dos caras tiene el estado.*¹⁸²

En definitiva, lo que se debe reforzar no es el Estado policía sino el Estado de derechos; los principios democráticos y no las posibilidades de represión; la justicia y no el abuso. Esa es la esencia del Estado de derechos.

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.* Pág.17.

- Las políticas públicas

Se ha dicho en este aspecto que el problema es que las políticas públicas no están sometidas a la ley y no tiene control constitucional. Respecto de este punto cabe aclarar que las políticas públicas, como instrumento del ejecutivo para administrar el Estado y sus recursos, definitivamente están sometidas a normas porque se manifiestan de variadas formas jurídicas como leyes, decretos, actos administrativos que deben ser fundamentados y emitidos según el procedimiento establecido; no obstante, contrario a lo sostenido por la crítica, estas políticas públicas sí que están sometidas a control de constitucionalidad precisamente porque, en el modelo del neoconstitucionalismo, no se puede dejar que ninguna forma de manifestación del poder escape al control y, por tanto, a la limitación que los derechos suponen. Así lo explica el profesor Ávila:

Quando la Constitución de Montecristi establece que el máximo deber del estado es garantizar los derechos, está obligando a toda autoridad pública a que respete derechos, cualquiera fuese el acto jurídico mediante el cual se manifieste: ley, reglamento, sentencia, plan nacional. Lo que hace la Constitución de 2008 es establecer fines, que son la realización de los derechos fundamentales, y medios, que son los poderes públicos y sus mecanismos de actuación. Antes, en términos jurídicos, las políticas existieron y fueron arbitrarias, no vinculadas ni limitadas por los derechos. Si esta garantía no se cumple, hay varias acciones de control constitucional para enmendar o eliminar la política pública violatoria de derechos. Si hay violación de derechos y existe una víctima concreta e individualizada, cabe la acción de protección y, cuando hay peligro de daño grave e inminente, las medidas cautelares. Está expresamente establecida la posibilidad de plantear acción de protección por políticas públicas. Si la política o el plan, en abstracto, viola la constitución, cabe la acción de inconstitucionalidad. Si existe un mandato expreso, y no se ha emitido la política pública, cabe la acción de incumplimiento. Qué más democrático y que más garantista que cualquier persona pueda impugnar la política de un ministerio o de una entidad pública.¹⁸³

Se entiende que la crítica es fundamentada quizás en lo que la práctica ha demostrado, que la función judicial lamentablemente no cuenta con la independencia necesaria para resolver en contra del gobierno dado a su intervención en dicha función; no obstante ese no

¹⁸³ Ibíd.

es un problema creado por la misma Constitución sino por una decisión reprochable, por decir menos, tomada por el ejecutivo.

Hasta aquí el pensamiento del profesor Ávila (con el que el autor coincide) que ofrece interesantes luces sobre lo que teóricamente se puede entender por neoconstitucionalismo y que, lamentablemente, ha sido utilizado de la forma más conveniente para el gobernante de turno; esto no significa que el modelo teórico o la norma constitucional vigente sean inválidas ni tampoco que sea perfecta pero lo que sí queda claro es el fondo de esta corriente: la búsqueda de que los derechos sean el fin y el fundamento de las actuaciones de los entes privados y estatales.

Respecto de la pregunta planteada al inicio del acápite ¿Neoconstitucionalismo o justicia?, se puede decir que el neoconstitucionalismo, como búsqueda de la vigencia real e irrestricta de los derechos de las personas, canalizados a través del Estado puesto a verdadero servicio de la ciudadanía y limitado en su ejercicio por las garantías contenidas en la misma Constitución, no es sino el modelo que, más allá de su denominación, busca cumplir con lo que se entendía por justicia para los modelos estatales anteriores: garantía de la libertad y cumplimiento de los derechos sociales, en suma, cumplimiento de todos los Derechos Humanos sin diferencia entre ellos. En opinión del autor, esto es lo que, al menos desde la perspectiva jurídica, más se acerca al concepto de justicia.

3.2 ¿SON SUFICIENTES LOS MECANISMOS DE EXIGIBILIDAD RECONOCIDOS PARA HACER EFECTIVOS LOS DESC EN EL ECUADOR?

A lo largo del desarrollo de esta disertación, se ha constatado cómo, normativa y teóricamente, los mecanismos de exigibilidad de los DESC (y de todos los demás Derechos Humanos) son amplios y aparecen como suficientes. En el capítulo 1 se revisó la cantidad de DESC reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el capítulo 2 se revisó los mecanismos de exigibilidad que, de acuerdo a la clasificación planteada, existen sin ninguna excepción en nuestra normativa; en este capítulo 3 se ha tratado sobre el fondo ideológico que sirvió de base para la redacción de la Constitución garantista de 2.008; no obstante, en

la realidad se observa que todo esto parece no ser suficiente, que estas normas son letra muerta.

Las posibles causas de esta situación se analizarán en el desarrollo de este acápite y para ello, se iniciará por el análisis de mecanismo institucional que, por excelencia, debería ser el más efectivo en su aplicación como es la acción de protección y del mecanismo no institucionalizado que, históricamente, ha sido el generador de las reivindicaciones que hoy se conocen como DESC: la protesta social. Finalmente, se revisará la opinión de los estudiosos para determinar cuáles son las posibles debilidades del sistema que no han permitido que éste, en efecto, funcione.

3.2.1 Mecanismos jurisdiccionales

Este tipo de mecanismos de garantía, como su nombre lo indica, suponen la posibilidad de que una autoridad investida de jurisdicción pueda decidir respecto de violaciones o posibles violaciones de los DESC, dándole la posibilidad de imponer sanciones por lo que, en esencia, serían los mecanismos más poderosos en términos de sus posibles consecuencias, por ello es necesario analizarlos. En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, la garantía jurisdiccional pertinente es la acción de protección que será analizada, de forma breve, desde su estructura normativa.

3.2.1.1 *La acción de protección*

Esta garantía jurisdiccional está concebida para garantizar todos los derechos constitucionales, o al menos los que no tienen un mecanismo específico (como el derecho a la libertad que cuenta con la acción de hábeas corpus), entre los cuales se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales. Está reconocida en el artículo 88 de la Constitución y está normada también por las reglas generales en los artículos 86 y 87 del mismo texto normativo. Asimismo, la acción de protección se encuentra regulada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, específicamente en los artículos 39 al 42 y, de forma general para todas las garantías, en los artículos 9 al 25.

- Objeto

De conformidad con los artículos: 88 de la Constitución y 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁸⁴, el objeto de la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección. De conformidad con el texto de ambas normas, esta acción podrá iniciarse frente a la violación de cualquier derecho económico, social o cultural (además de otros Derechos Humanos); tomando en cuenta que esta violación puede darse por acción u omisión.

- Requisitos

En cuanto a los requisitos para que se pueda iniciar esta acción, se establecen los siguientes (arts. 88 Constitución y 40 LOGJ):

La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Violación de un derecho constitucional;*
- 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular y,*
- 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.*

- Procedencia y legitimación pasiva

De conformidad con el art. 88 de la Constitución, en concordancia con el art. 41 de la LOGJ, la acción de protección procede contra:

- 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.*
- 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.*
- 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.*
- 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:*

¹⁸⁴ En adelante LOGJ.

- a) *Presten servicios públicos impropios o de interés público;*
 - b) *Presten servicios públicos por delegación o concesión;*
 - c) *Provoque daño grave;*
 - d) *La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.*
5. *Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.*

Al respecto cabe hacer el comentario de lo importante que es que el constituyente, y posteriormente el legislador, haya incluido como posible sujeto pasivo de esta acción a las personas privadas, dado que las posibles violaciones por parte de éstas no eran objeto del amparo reconocido en la Constitución de 1.998.

- **Legitimación activa**

Respecto de la legitimación activa, el artículo 86.1 de la Constitución en concordancia con el artículo 9 de la LOGJ, disponen que:

La acción de protección (igual que las demás garantías jurisdiccionales salvo el hábeas corpus y la acción de acceso a la información) podrá ser interpuesta por:

- a) *Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y,*
- b) *Por el Defensor del Pueblo.*

- **Improcedencia de la acción**

Respecto de la acción de protección, existen ciertas causas por las cuales ésta puede no ser admitida a trámite; dichas causas son las siguientes (art. 42 LOJG):

La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.

Esta causal es inentendible que se haya dispuesto porque, precisamente, de eso trata el hecho de iniciarse un proceso y resulta ilógico que, antes de llevarse a cabo el mismo, la autoridad jurisdiccional pueda definir si ha existido o no una violación; lamentablemente esta causal, en opinión del autor de esta disertación, es susceptible de ser utilizada por las autoridades jurisdiccionales para no ejercer su potestad jurisdiccional dejando en indefensión a las personas.

2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.

En realidad esta causal parece demasiado formalista; no obstante, cuando hace la salvedad de que existan daños susceptibles de reparación supera, de alguna manera, el simple hecho de la extinción o revocatoria del acto.

3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.

Esta causal es clara dado que la acción procedente para estos casos es la acción de inconstitucionalidad y no la de protección ni ninguna de las garantías jurisdiccionales porque eso supera su objeto y alcance.

4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

En realidad esta causal es poco realista ya que la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana es, claramente, ineficaz por la acumulación de procesos y porque, de hecho, se usó de manera permanente para inadmitir las acciones. Es decir, siempre se mandaba a agotar la vía ordinaria cuando, claramente, ésta no era un verdadera opción; no obstante, se agrega la posibilidad de demostrar que la vía es ineficaz, lo que es una carga para la víctima o presunta víctima de la violación del derecho pero, al menos, abre la posibilidad de no tener que, necesariamente, agotar la vía ordinaria.

5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.

En este caso, la discusión no versa respecto de la existencia o no de un derecho sino de su violación; los procesos de conocimiento son procesos jurisdiccionales ordinarios por lo que no deben ventilarse ante la justicia constitucional.

6. Cuando se trate de providencias judiciales.

Causal lógica porque existe una garantía jurisdiccional específica para este tipo de casos como es la acción extraordinaria de protección.

7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En el caso presente, en opinión del autor, el estándar debería mantenerse respecto de la posible demostrada ineffectividad del recurso al momento de ser presentado frente a la jurisdicción electoral, de la misma manera que se estableció con la jurisdicción contencioso administrativa.

- Medidas cautelares

Respecto de las medidas cautelares, tanto la Constitución en su artículo 87 así como la LOGJ en su artículo 26, establece la posibilidad de solicitarlas y ordenarlas dentro de una acción de protección o de forma independiente y previa al proceso.

Se establece que estas medidas tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos y deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad.

De la revisión de la estructura normativa de la acción de protección y su naturaleza jurídica, se puede desprender el hecho de que, si bien es muy amplia, existen ciertos

requisitos de admisibilidad así como causales de improcedencia que podrían dejar abierta la posibilidad de que las autoridades jurisdiccionales eviten el conocer causas que, por desconocimiento u otras razones, decidan no resolver lo que mermaría las verdaderas posibilidades de justiciabilidad de los derechos en general y de los DESC en especial. Estas posibilidades se tratarán en el último acápite de este capítulo.

3.2.2 Mecanismos no institucionales

Como ya se explicó en el capítulo anterior, la importancia de los mecanismos de exigibilidad no institucionales o sociales es de suma relevancia ya que ellos han representado la vía mediante la que se lograron conquistar los Derechos Humanos, no sólo los económicos, sociales y culturales sino también los civiles y políticos. Estos mecanismos suponen la participación de los afectados mediante los medios de participación ciudadana o bien mediante las formas de autotutela de los derechos por lo que su entendimiento es relevante.

Desde la Teoría del Estado, se ha establecido que éste se forma principalmente por tres elementos: el elemento humano, el elemento físico y el elemento político o poder; de estos tres elementos, al ser la ciencia jurídica, la rama del conocimiento que explica el Estado que es una creación humana, no cabe duda de que, si debiera hacerse una prelación entre los elementos constitutivos del mismo, el más importante sería el elemento humano. Pues bien, el reconocer esa importancia y, sobretudo, entender el papel que cumple el elemento humano dentro del Estado es el verdadero objeto de los mecanismos sociales de exigibilidad de los derechos.

Contrario a lo que los regímenes plantean como imposibilidad de diálogo mediante la criminalización de la protesta social pacífica, estas formas de autotutela son necesarias y saludables en el ejercicio de una democracia; cabe aclarar que deben existir límites para evitar el vandalismo que afecte otros derechos y que, lamentablemente, muchas de las veces es cometido por personas ajenas al núcleo de la protesta. Pero, no por esto, se debe reprimir el ejercicio de este derecho porque, a pesar de ser reconocido doctrinariamente como un mecanismo extra institucional, se encuentra reconocido dentro del catálogo de

Derechos Humanos de nuestra norma constitucional. A continuación, se realizará un análisis más profundo respecto de este mecanismo para entenderlo en su totalidad.

3.2.2.1 La protesta social pacífica

Cabe iniciar este apartado diciendo que la protesta social no es otra cosa que la manifestación del ejercicio de la libertad de expresión, de asociación y del derecho de reunión; todos reconocidos en nuestra Constitución en su artículo 66.13. Para comprender a la protesta social como ejercicio de derechos fundamentales, se seguirá al Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile de 2.009.

- Sobre la libertad de expresión

La libertad de expresión tiene dos dimensiones, una individual y una colectiva; desde una perspectiva individual supone el: *“aseguramiento a las personas de la posibilidad de expresarse sin censura previa y sin restricciones desproporcionadas”*¹⁸⁵ mientras que la dimensión colectiva es concebida como: *“ piedra angular de los sistemas democráticos e indispensable para la formación de la opinión pública y para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada”*¹⁸⁶; esta dimensión colectiva supone, por un lado, el derecho de las personas a tratar de hacer conocer sus puntos de vista a otras y, por el otro, el derecho de la sociedad de conocer dichas expresiones divulgadas de forma libre.

Estas dos dimensiones se entrelazan con otros derechos como el de asociación y, al tratarse de la protesta social pacífica, se vuelven indispensables porque: *“Si la libertad de expresión impacta a la comunidad, esto es, la dota de opiniones e informaciones que le permitan estar informada para ejercer sus derechos, las posibilidades de éxito de esa difusión de información se relacionan con la posibilidad de llegar al mayor número de personas.”*¹⁸⁷

¹⁸⁵ Jorge Contesse. Editor. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2.009. Pág. 51.

¹⁸⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A, N° 5, 13 de noviembre de 1985, párr. 69.

¹⁸⁷ Jorge Contesse. Editor. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2.009. Pág. 52.

Y, como es lógico, mientras a más personas se llegue con la causa de la protesta, la misma puede tener mayores posibilidades de éxito, no tanto por el número en sí, sino por el hecho de que las personas se interesen y comiencen a mostrar su mentalidad crítica.

Respecto de este punto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, ha dicho:

Los sectores más empobrecidos de nuestro hemisferio confrontan políticas y acciones discriminatorias, su acceso a la información sobre la planificación y ejecución de medidas que afectan sus vidas diarias es incipiente y en general los canales tradicionales de participación para hacer públicas sus denuncias se ven muchas veces cercenados. Ante este escenario, en muchos países del hemisferio, la protesta y la movilización social se han constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los Derechos Humanos¹⁸⁸

De esto se puede concluir que la protesta social no consiste en el mejor mecanismo para hacerse notar por los grupos relegados y lograr ser escuchados sino en el único, debido al nulo acceso que tienen a la discusión en la formulación de políticas públicas que les afecten directamente; por esto, dichos grupos (indígenas, mujeres, minorías sexuales, etc.), tienen en la protesta social pacífica la posibilidad de participar del proceso político y hacer sentir sus demandas:

La posibilidad de que sus demandas sean al menos escuchadas depende de poder llamar la atención de las autoridades, y para lograrlo las libertades de asociación, de reunión y expresión configuran las garantías sustantivas y procedimentales que les van a permitir dotar de fuerza a esas demandas. Sustantivas, porque sus puntos de vista no podrán ser censurados por su contenido, y procedimentales porque esas libertades les permiten definir las actividades específicas con las que manifestarán sus críticas¹⁸⁹

Ahora bien, los puntos de vista respecto de la formulación de políticas públicas incluso los críticos, están protegidos por la libertad de expresión; no obstante, cuando de la

¹⁸⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2005*, OEA/ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, Pág. 129.

¹⁸⁹ Jorge Contesse. Editor. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2.009. Pág. 53.

protesta social se trata, dichas críticas se refieren a políticas de orden social (educación, salud, trabajo, vivienda) que son temas de interés público que merecen una protección especial. Dicho estándar es:

La libertad de expresión e información (...) debe extenderse no solo a la información e ideas favorables, consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben (...). Los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al Estado que en relación a un ciudadano privado e inclusive a un político. En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Estado deben estar sujetas a un escrutinio riguroso¹⁹⁰

Esto significa que los Estados, para poder poner un freno a las movilizaciones, no deben simplemente alegar la alteración del orden público de forma genérica sino que deben demostrar que la protesta, en efecto ha alterado dicho orden y de qué forma lo ha hecho; no obstante, suponiendo que se hayan dado alteraciones o afectaciones de otros derechos de las personas, no puede simplemente negar la existencia de un conflicto que exige la atención oportuna de las autoridades.

Este posible conflicto de derechos (por ejemplo entre las personas que reclaman justicia en el caso de la cervecería nacional y los trabajadores de la Corte Constitucional que no pueden cumplir su trabajo en armonía por el ruido causado) debe ser analizado profundamente en sus causas para evitar que la protesta, por el hecho de serlo, simplemente lleve las de perder. Respecto de este tema, la Relatoría para la Libertad de Expresión se ha pronunciado de la siguiente manera:

No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo per se (...), un agente no puede denegar un permiso porque considera que es probable que la manifestación va a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden público, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etcétera)¹⁹¹

¹⁹⁰ Id., párr. 126 (citando la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Dichand and others vs. Austria*).

¹⁹¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2005*. Págs. 150-151.

En conclusión, la protesta social es un mecanismo de exigibilidad que, en esencia, exige su comprensión como ejercicio de derechos constitucionales y no simple alteración del orden público que debe ser inmediatamente reprimida; esto supone un diálogo abierto en democracia en el que el poder no busque anular a sus detractores y, asimismo, que quienes le critican entiendan que el ejercicio de su derecho nunca puede violar otros derechos. En suma, que se comprenda que la protesta social pacífica, como su nombre lo indica, no es vandalismo ni delito pero tampoco una simple manifestación simbólica y que, más allá de las condiciones en que se ha desarrollado, el Estado tiene la obligación de analizarla en su causas y objetivos para resolver el conflicto de derecho que, de hecho, existe en esa manifestación.

En esta misma perspectiva, cabe comprender cuáles son las razones que el Estado no puede invocar para poner alto a la protesta social (al menos si se precia de ser un Estado democrático). Un Estado no puede invocar las razones de contenido y la asimilación inmediata entre protestas y desórdenes:

- Sobre lo primero, es decir, sobre el contenido de las movilizaciones, algo ya se ha dicho: si las protestas sociales son ejercicio de la libertad de expresión, entonces el Estado no puede descansar en su contenido para decidir si las autoriza o las restringe. En caso contrario, estaría *censurando* ciertas opiniones, cuestión que se vuelve fundamental cuando ese contenido es crítico de la actuación estatal.¹⁹²
- Sobre la asimilación automática entre movilizaciones y desórdenes, la carga de la prueba –vale decir, la argumentación– se atribuye al Estado. Muchas veces las manifestaciones se prohíben o limitan sobre la base de referencias vagas y genéricas al “orden público”, sin que existan razones suficientes para comprender cómo es que ese orden público podría verse afectado. Para evaluar estas razones se requiere que sean detalladas y públicas.¹⁹³

¹⁹² Eric Barendt, *Freedom of expression*. En el mismo sentido, el artículo 19.12 de la Constitución prescribe que las personas tenemos la libertad de manifestar nuestras opiniones por cualquier medio, “sin censura previa”.

¹⁹³ Roberto Gargarella. El derecho a la protesta: El primer derecho, Pág. 4.

- Tampoco se justifica el ataque a la crítica de la criminalización de la protesta social reduciéndola al absurdo. Esta crítica no busca la inacción estatal, la pasividad de las autoridades frente a disturbios que reclaman control. Solo persigue definir los límites que el Estado debe respetar en esa actuación, en parte porque se ha comprometido a hacerlo, como ocurre con los estándares en Derechos Humanos. Sobre el Estado pesa un número importante de obligaciones que en algunos casos reclamarán su abstención (como cuando se le exige no censurar por contenido las movilizaciones) y en otros su acción (como cuando debe otorgar protección a los manifestantes frente a audiencias hostiles) ¹⁹⁴

Finalmente, solo queda aclarar que parte del ejercicio de la protesta social supone un empoderamiento de los derechos de libertad de expresión, de asociación y de manifestarse en forma libre; empoderamiento que no puede alejarse de los principios de los Derechos Humanos como es el respeto de los derechos de las personas no involucradas en la protesta y que se verá expresado en la aceptación y cumplimiento de las normas que regulen la protesta social, sin embargo:

Hay que prestar atención no a la procedencia de regulaciones de “manera, tiempo y lugar” sino a las razones y los efectos de esas regulaciones; por ejemplo, que los grupos marginados de la comunidad o críticos del gobierno no sean los únicos no autorizados o restringidos. No es inusual que una regulación esconda el intento de impedir expresiones críticas o inconvenientes; una aparente regulación del “lugar” donde deben transcurrir las manifestaciones puede querer impedir que alcancen sus fines específicos, desplazando a los manifestantes, por ejemplo, hacia zonas donde sus reclamos serán escasamente percibidos. ¹⁹⁵

3.2.3 Debilidades de nuestro sistema en materia de exigibilidad

Respecto de las debilidades de nuestro sistema en esta materia, se seguirá lo que han explicado en la obra: “La protección judicial de los derechos sociales”¹⁹⁶ en la que se explica de forma clara las problemáticas respecto de la justiciabilidad de los DESC. Dado

¹⁹⁴ Centro de Estudios Legales y Sociales. Derechos Humanos en Argentina: Informe 2009. Buenos Aires, CELS/Siglo XXI, 2.009. Págs.192-193.

¹⁹⁵ Jorge Contesse. Editor. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2.009. Pág. 53.

¹⁹⁶ Compilación realizada por Christian Courtis y Ramiro Ávila.

que los mecanismos de exigibilidad jurisdiccionales son aquellos de carácter institucional que suponen la mayor expresión de protección (al menos teóricamente), cabe revisar la problemática desde estos mecanismos para, en el siguiente capítulo, poder organizar una propuesta de solución.

Todas las autoridades jurisdiccionales son garantes de los derechos:

Cabe iniciar este apartado revisando los retos que ha impuesto la Constitución de 2.008 respecto de la consagración de que todas las autoridades jurisdiccionales son garantes de los derechos de las personas. Ante esta situación, la Asamblea debió decidir si se creaban jurisdicciones constitucionales especiales dentro de la justicia ordinaria o si, por el contrario, se le daba a las autoridades jurisdiccionales la posibilidad de resolver en materia constitucional; la primera posibilidad (de crear jurisdicciones especiales), según el profesor Ávila, fue apoyada en base, principalmente, a los siguientes argumentos¹⁹⁷:

- De este modo se garantizaba la calidad de las sentencias
- La carga de trabajo de las juezas y jueces ordinarios era demasiada y estaban saturados
- Los jueces no tenían por su experiencia y entrenamiento conocimientos ni herramientas para resolver asuntos constitucionales
- Que nuestra historia –en las acciones de amparo– demostraba que no había funcionado adecuadamente la garantía por la resistencia de los operadores de justicia para asumir esta nueva tarea; más aún, apostar a que los jueces que nunca protegieron adecuadamente los derechos de propiedad puedan, de pronto, proteger otros derechos no sólo que era iluso sino inútil

No obstante la veracidad de estos argumentos desde el punto de vista práctico, el fondo del asunto era más complejo: aplicar en la práctica lo que la Constitución mandaba y hacer efectivo el “Estado Constitucional de Derechos y Justicia” y, como correspondía, constitucionalizar todo el Estado incluyendo la función judicial o no. La decisión fue cumplir el

¹⁹⁷ Ramiro Ávila. Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, editores. La protección judicial de los derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, 2.009. Pág. 546.

mandato constitucional y, aunque en el corto plazo no es la mejor decisión¹⁹⁸, en medio y largo plazo lo es según los siguientes argumentos:

- La especialización constitucional reforzaría la justicia ordinaria. Si se hubiese establecido la justicia especial, los jueces y juezas ordinarias se hubiesen privado de conocer y aplicar formas distintas de abordar el derecho. Por poner dos ejemplos, jamás se hubieran planteado el problema de dos normas que están en conflicto y que no puede ser resuelto a través de la subsunción (jerarquía, novedad y especialidad); crear derecho a partir de principios que no tienen enunciados previstos por el legislativo. Los casos constitucionales sólo hubiesen llegado a unos jueces y no al resto. Las juezas y jueces tienen la oportunidad de renovar sus conocimientos y aprender nuevas formas de interpretación y de solución de casos, que no sólo sirven para el derecho constitucional sino para mejor resolver incluso en el derecho civil o penal.¹⁹⁹
- El Estado, mediante la garantía jurisdiccional en jurisdicciones especiales, seguiría siendo marcadamente liberal. Con suerte y con mucho dinero se hubiesen creado, en cada cantón si es que no sólo en las capitales de provincias, juezas y jueces constitucionales (...). Es decir, el Estado sería seis veces más liberal que constitucional. En cambio, al haber establecido que todos los jueces conozcan las acciones de protección, el cien por ciento de la Función Judicial es garante de los derechos.²⁰⁰
- La calidad de las sentencias depende, entre otros factores, del conocimiento y de la experiencia. La jueza o juez que resuelve mal una acción ordinaria muy posiblemente resolverá mal una acción de protección. Nada hace pensar que creando jurisdicción especial, las juezas o jueces automáticamente dictarán resoluciones adecuadas, cuando se sabe que la cultura jurídica es abrumadoramente liberal y se reproduce en los espacios de enseñanza (universidades) y de difusión del derecho (librerías, bibliotecas y eventos académicos). La Constitución sugiere la creación de la Escuela Judicial, que es reforzada con la institucionalización de ésta por medio del Código

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ Ramiro Ávila. Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, editores. La protección judicial de los derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, 2.009. Pág. 547.

Orgánico de la Función Judicial (COFJ), que es uno de los mecanismos mediante el cual las juezas y jueces deberán capacitarse. En otras palabras, la calidad de las sentencias es un asunto que puede ser superado por medio de métodos de enseñanza innovadores y que no depende de la existencia o no de especialidades en la judicatura.²⁰¹

- La carga de trabajo ciertamente es un problema, que no se resuelve simplemente con la creación de más judicaturas. Dos comentarios con relación a la carga de trabajo. El uno es que las acciones de protección gozan de preferencia; es decir, que si la jueza o juez tiene en sus manos un caso constitucional o uno ordinario, deberá preferir resolver el primero. No se trata de un desplazamiento de unos casos por otros, se trata de dos casos, uno que tiene protección fundamental y otro que tiene un procedimiento ordinario. El otro comentario es que el problema de la carga de trabajo debe resolverse mediante la gestión adecuada del despacho judicial. Efectivamente deben crearse más judicaturas en función de las necesidades, pero también habrá que entender que se debe implementar la oralidad, la direccionalidad del proceso, los medios electrónicos para la comunicación entre las partes, el no sacrificio por las formalidades de la justicia. Sin duda, esto también implica capacitación y experiencia, la ruptura del paradigma escrito y la voluntad y compromiso de las juezas y jueces.²⁰²
- La objeción más difícil de sortear es aquella que sostiene que la justicia ordinaria no ha atendido ni resuelto adecuadamente los casos a ella encomendada. En este punto estamos en la transformación de la Función Judicial. (...). El derecho regula sobre la realidad o prescribe conductas para alterar la realidad. Lo primero sería desgastar energía y esfuerzos normativos por algo que no sirve; lo segundo es establecer normas para transformar situaciones indeseables. La aplicación del derecho no es fácil, depende de muchos factores: uno de ellos es el adecuado funcionamiento de los órganos y de las personas encargadas de la transformación, el otro es la voluntad de los poderes del estado de respetar la independencia judicial.²⁰³

En conclusión, la primera debilidad que se puede encontrar en el sistema actual se refiere al hecho de que la decisión última de poder hacer realidad el mandato constitucional,

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² *Ibíd.* Págs. 547-548.

²⁰³ Ramiro Ávila. Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, editores. La protección judicial de los derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, 2.009. Págs. 548-549.

depende de las autoridades jurisdiccionales; tanto en la firmeza para hacer respetar su independencia como en la búsqueda de capacitación para la mejor resolución de las causas sometidas a su conocimiento.

El ámbito de la acción de protección

Otro de los problemas de nuestro sistema es el hecho de que la acción de protección, como la pertinente para la exigibilidad de los DESC y de todos los derechos en general, no es entendida completamente por la administración de justicia debido a su cultura jurídica. Esta situación la explica de mejor manera el profesor Ávila²⁰⁴:

1. Las acciones judiciales siempre han estado diseñadas para proteger derechos. Tradicionalmente los jueces y juezas han sido entrenados, en las universidades y en la práctica, para aplicar el derecho sustantivo y seguir los procedimientos. Sin embargo, la justicia constitucional estuvo restringida a la acción de hábeas corpus, que protegía el derecho a la libertad ambulatoria, y a una acción de amparo, que era meramente cautelar y que dependía, para resolver el fondo, del derecho ordinario.
2. De todos los derechos que están reconocidos en la Constitución, la Función Judicial ha protegido casi exclusivamente el derecho a la propiedad y sus derivaciones: inquilinato, mercantil, comercial, contractual, y las otras ramas, incluso la laboral, se han reducido a un reclamo patrimonial efecto de las relaciones en el trabajo.
3. No es ético ni jurídico que la Función Judicial atienda a la ciudadanía por la violación de un derecho, cuando la Constitución reconoce más de una centena en sus setenta artículos en los que enuncia y desarrolla los derechos. Se puede entender en una cultura formal y legal, como la nuestra, que las juezas y jueces atiendan las causas a las que están familiarizados y las que tienen soluciones previstas por el legislador.
4. Los derechos del buen vivir quizá sean los más difíciles de resolver, porque implican mayor determinación judicial y mayor tacto político por parte de las juezas y jueces. ¿Cómo exigir violaciones tan complicadas como el derecho al hábitat, al agua, a la seguridad social (derecho universal y no sólo de los trabajadores)? La más fácil forma es no resolviéndolos, pero es la más perversa porque desnaturaliza a los derechos y al Estado constitucional de derechos y justicia.

²⁰⁴ *Ibíd.* Págs. 549-550.

En conclusión, otra de las debilidades es que, lamentablemente, por la formación y cultura jurídica de quienes administran justicia, muchas veces por la exigencia que supone el resolver causas que tengan que ver con DESC, lo más probable es la omisión o inadmisión; no obstante esta posibilidad es improcedente en el paradigma constitucional actual. Para esto, de nuevo, se necesita el compromiso de las autoridades jurisdiccionales para resolver estos casos para los que la legislación no ha dado respuesta.

La conciencia de la realidad de las víctimas

Otra de las grandes debilidades de nuestro sistema, y quizás la más relevante para este trabajo, es la poca conciencia que se tiene de la realidad de quienes han sido conculcados en sus derechos que parte de la ignorancia de éstas personas respecto de los derechos que tienen y de la comodidad desde la que actúa quien no tiene problemas en el ejercicio de sus derechos sociales; realidad que se mostró entre los liberales, quienes no reclamaron por sus derechos sociales simplemente porque los tenían y no les hacían falta. A todas las personas inmiscuidas en el sistema jurídico les compete sensibilizarse al respecto, no obstante, a quienes administran justicia les es un deber entender estas necesidades y, en lugar de no resolverlas o peor aún ni siquiera ubicarlas como violaciones, tiendan a su reconocimiento y resolución.

En palabras del profesor Ávila:

Cuando las personas han tenido los derechos del buen vivir satisfechos, es difícil entender a cabalidad que atrás de las estadísticas hay personas que sufren y la pasan mal cotidianamente. Los burgueses liberales del siglo XVIII no reclamaron los derechos sociales porque simplemente no los necesitaban. El hecho de tener estos derechos en la Constitución del 2008 significa que su visibilización ha significado un esfuerzo enorme y muchas luchas para combatir y revertir la realidad de la pobreza. ¿Una jueza o juez pueden enfrentarse a la pobreza? Entendiéndola como estamos sugiriendo, como una violación de derechos, sin duda que sí.²⁰⁵

²⁰⁵ Ramiro Ávila. Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, editores. La protección judicial de los derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, 2.009. Págs. 553-554.

La superación de obstáculos procesales

Respecto del procedimiento, es de vital importancia que la ley que lo regula no establezca normas que se puedan volver obstáculos para el acceso a la justicia mediante la acción de protección; en este sentido el profesor Ávila realiza un análisis de los puntos más relevantes que se sigue a continuación.

- Los principios y la interpretación de la ley de garantías

Primero hay que tener en cuenta que los principios establecidos en la Constitución y en la LOGJ son el medio que debería evitar cualquier posible restricción de carácter procesal al acceso a la acción de protección; entre los principales principios consagrados en la norma fundamental están: el hecho de que no se exigirán condiciones o requisitos no establecidos para el ejercicio de derechos y garantías que no estén en la Constitución y la ley, que ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos y garantías y que se debe interpretar la norma en el sentido que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos y que reconozca derechos más favorables a las personas.

En el caso de la LOGJ, hay que atender el fin que en esta norma se plantea respecto de las garantías jurisdiccionales: las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos; tomando en cuenta los principios mencionados, los mismos sirven de base para evitar cualquier tipo de restricción que se busque imponer por vía normativa o procedimental, entendiendo que el fin último es evitar la violación de los derechos consagrados en la Constitución mediante el acceso oportuno a la justicia y no la negación de la misma por meras formalidades.

- Legitimación activa

El primer obstáculo que la LOGJ establece, es el haber incluido la palabra “sus” en el artículo 9 porque significa un retroceso a la teoría del derecho subjetivo; dicho artículo dispone que la demanda podrá ser presentada por: “cualquier persona, comunidad, pueblo,

nacionalidad, colectivo vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de un representante o apoderado” norma que va en contra de lo establecido por la Constitución en el numeral 1 de su artículo 86, que dispone que: “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”.

Esto representa un problema porque limita el ejercicio de una de las posibilidades más efectivas de combatir las violaciones de los Derechos Humanos como es su denuncia y litigio; en palabras del profesor Ávila:

Se ha afirmado que uno de los más grandes obstáculos para la exigibilidad de derechos es la falta de reconocimiento de las propias personas que sufren la violación de derechos como víctimas. Para suplir este defecto, que no es nuevo en nuestro sistema jurídico, la Constitución estableció esta actio popularis, mediante el cual nadie puede ser indiferente a la violación de derechos que sufren otras personas y puede denunciarla²⁰⁶

Es importante que no se pierda de vista el sentido de la norma que lo que busca es que, en determinados casos en los que las víctimas de la violación no pueden ser legitimados desde la teoría de los derechos subjetivos (como niñas o niñas), no queden en la indefensión sino que sus derechos puedan ser reclamados por cualquier persona que pueda ser legitimada sin mayor problema para evitar obstáculos procesales de índole formal.

Asimismo, cabe entender que esta acción popular no es un invento de la Constitución sino que ya existía como un principio del derecho penal en donde cualquier persona que conozca del cometimiento de un delito puede y debe denunciarlo; en el caso de la violación de Derechos Humanos (tan grave como cualquier delito) es lógico que exista la acción popular. El profesor Ávila explica al respecto:

Por otro lado, no puede ser justo que sólo exista la acción popular para hacer conocer la violación de derechos que tiene que ver con lo penal, cuando permite la ley que cualquier persona, aún sin poder, pueda denunciar la existencia de una infracción. Con más razón en materia constitucional,

²⁰⁶ Ibíd. Pág.559.

*que el modelo de Estado y la solidaridad que se impregna en toda la Constitución, no debería tolerar cualquier tipo de violación.*²⁰⁷

A pesar de que el espíritu de la norma constitucional busca la implementación de la acción popular y de que la misma ley de garantías en otros artículos como en aquel que trata del contenido de la demanda, establece que el accionante podrá ser una persona distinta a la víctima, esta aparente restricción puede, como de hecho ha pasado, convertirse en una causa para que los jueces y juezas, acostumbrados al formalismo, no admitan a trámite las acciones; convirtiéndose ésta en otra debilidad del sistema.

- **La distinción entre derecho constitucional y derecho ordinario**

Otra de las debilidades de nuestro sistema se da el momento que se constitucionaliza a toda la Función Judicial y tanto la justicia ordinaria como la justicia constitucional se confunden porque ambas protegen derechos y ambas son competentes para conocer sobre los dos temas; teniendo como resultado la aplicación de la misma forma de resolución para cualquier caso sin diferenciar un campo de acción del otro. Ante esto la única solución posible será que las autoridades jurisdiccionales distingan de forma inequívoca un derecho ordinario de uno constitucional; al respecto el maestro Ferrajoli establece diferencias entre un derecho patrimonial (ordinario) y uno fundamental (constitucional)²⁰⁸:

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

²⁰⁷ *Ibíd.* Pág.560.

²⁰⁸ Luigi Ferrajoli. Derechos fundamentales y derechos patrimoniales, en Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta, España, 2.001. Págs. 29-35.

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

Es una pena que estas distinciones no hayan sido entendidas por los operadores de justicia y, por lo tanto, en la práctica lo que se ha dado es un ejercicio equívoco de las garantías jurisdiccionales como medios sumarios de obtener resolución respecto de procesos ordinarios, por la cultura de la litigiosidad; este fenómeno lo explica el profesor Ávila de la forma siguiente:

Lamentablemente estas distinciones no han sido tan evidentes y se ha distorsionado el uso de la acción de protección. Ha resultado, en la práctica, que quienes litigan para la protección de los derechos ordinarios, son los principales usuarios de las garantías constitucionales jurisdiccionales;

*y que quienes deben ser los destinatarios de las acciones constitucionales, ni siquiera saben que estas existen y son pocas las personas que litigan a su favor. Las acciones constitucionales de protección no fueron creadas para sustituir a las ordinarias o para ser un procedimiento rápido y eficaz de cobro de deudas o para evitar que estas se cobren.*²⁰⁹

Ahora bien, asimismo el profesor plantea dos posibilidades ante esta realidad: “*Los jueces y juezas corrigen la práctica litigiosa o se establecen regulaciones legislativas. Lo primero, que es lo óptimo, no sucedió. Lo segundo, que debería ser cuidadosamente regulado para no caer en la restricción de derechos, fue lo que aconteció al expedirse la LOGJCC mediante la llamada “subsidiaridad”.*”²¹⁰

- La subsidiaridad

Uno de los principales argumentos en favor de la restricción del ámbito de las garantías jurisdiccionales es el abuso de quienes litigan; entendido este abuso como el hecho de que las personas han empezado a plantear acciones de protección sin fundamento lo que supone mayor acumulación de causas sin resolver; no obstante es un argumento falto de lógica pues no es responsabilidad de quienes plantean esos procesos (aunque su conducta sea éticamente discutible) sino de quienes están a cargo de admitirlos o no. Es decir, todas las personas pueden presentar una acción de protección pero de ahí a que se la otorgue, depende precisamente de las autoridades jurisdiccionales que deben ejercer ese control en la admisión de las causas; no se puede pensar que por causa del ejercicio malintencionado de quienes litigan, se limite el derecho de toda la ciudadanía. No obstante, eso es precisamente lo que pasó con la subsidiaridad.

La subsidiaridad consiste en el hecho de que procede la acción de protección sólo cuando no exista una acción ordinaria o, si existe, ésta sea ineficaz; el artículo 42 de la LOGJ establece los casos en que se presenta esta situación respecto de la acción de protección:

²⁰⁹ Ramiro Ávila. Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, editores. La protección judicial de los derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, 2.009. Págs. 564.

²¹⁰ *Ibíd.*

- el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz
- se trate de derechos patrimoniales y contractuales y no existan vías ordinarias adecuadas y eficaces
- la pretensión fuere la declaración de un derecho

Respecto de estos tres casos, el profesor Ávila hace su explicación en la manera siguiente²¹¹:

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

Finalmente, si bien esta subsidiaridad podría ser mal entendida por la autoridad jurisdiccional al punto de que ninguna acción de protección se tramite porque se debe agotar

²¹¹ Ibíd. Pág. 566

la vía ordinaria, se debe comprender que dicha subsidiaridad se aplica solamente cuando se trata de seguir por la vía constitucional la violación de un derecho ordinario. Al respecto, el profesor Ávila plantea las siguientes cuestiones²¹²:

1. Siempre procede la acción de protección cuando se trata de derechos constitucionales; en estos casos no procede la subsidiaridad. Las acciones y los procedimientos ordinarios no fueron diseñados para proteger derechos constitucionales. La discusión procede cuando se trata de judicializar derechos ordinarios por las vías constitucionales.
2. El principio del derecho procesal civil, por el que, cuando no existía vía específica en el Código de Procedimiento Civil se deberá seguir la ordinaria, no se aplica para las acciones constitucionales sino exclusivamente para las acciones relacionadas con derechos patrimoniales o secundarios. Utilizar este mecanismo para rechazar acciones que tienen relación con derechos del buen vivir, por ejemplo, sería una gravísima distorsión de la Constitución y de la LOGJCC, que dejaría en la indefensión a las personas.
3. No procede la acción de protección cuando existen vías legales ordinarias diseñadas para tutelar los derechos ordinarios.
4. Procede la acción de protección para proteger el derecho constitucional a la tutela efectiva, cuando las vías ordinarias no son adecuadas ni eficaces. En estos casos no se protege directamente el derecho ordinario, sino el derecho fundamental a ser tutelado efectivamente.
5. Un recurso o vía judicial no es adecuado cuando no fue diseñado para proteger el derecho en cuestión; el Código de Procedimiento Civil fue diseñado para proteger la propiedad, la autonomía de la voluntad y el cumplimiento de los contratos, por tanto, es la vía adecuada para proteger derechos ordinarios.

²¹² Ibíd. Pág.567.

6. Un recurso o vía judicial no es eficaz cuando en la práctica no logra obtener los resultados que se esperaba, ya porque es lento o ya porque no protege el derecho.
7. La inadecuación o ineffectividad de la vía judicial ordinaria tiene que demostrarla quien la alega.

- **Las políticas públicas**

Respecto de las políticas públicas, que no son sino aquellas decisiones del poder público que involucran el uso de recursos materiales o de talento humano, la principal crítica al modelo actual se basaba en el hecho de que su constitucionalización no era necesaria dado que le “*atribuía competencias al ejecutivo para poder tomar decisiones con carácter general como si fuera una especie de ley*”²¹³; no obstante esta crítica, lo relevante de esta situación es²¹⁴:

1. no puede ser cualquier política pública sino aquella que promueva y potencie los derechos reconocidos en la Constitución; al no regularla, se admitiría cualquier tipo de política, que va desde la clientelar hasta la francamente violadora de derechos;
2. la política pública, como cualquier acto que emana del poder estatal, está sujeta a control de constitucionalidad.

La consecuencia, que se vuelve fortaleza en nuestro sistema, es que la política pública estará sujeta a control constitucional, mediante la acción de protección si hay violación de un derecho constitucional o mediante acción de inconstitucionalidad si la violación es a una norma constitucional que reconoce un derecho.

- **El cumplimiento**

Finalmente, la mayor debilidad que se puede encontrar en esta temática, y que no es exclusiva del modelo de 2.008, es la que tiene que ver con el cumplimiento de las

²¹³ Ramiro Ávila. Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, editores. La protección judicial de los derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, 2.009. Págs.568.

²¹⁴ *Ibíd.*

sentencias; medularmente la situación es que, más allá de una acción de protección bien fundamentada como una sentencia rigurosamente motivada, éstas no sirven de nada cuando en la realidad lo resuelto no se cumple. Esto es lo que la experiencia ha mostrado en casos tan importantes como AWAS YINGNI contra NICARAGUA.

Al respecto, el profesor Ávila hace dos reflexiones:

- 1) Las resoluciones tienen que ser de posible cumplimiento: Ya no es tan fácil como en el sistema legal de derecho en la que, probado el supuesto de hecho de una norma, la obligación estaba prevista en la misma norma. En materia de derechos, la forma de la obligación debe ser construida judicialmente y específicamente para el caso. Ni la utopía ni la indiferencia judicial.²¹⁵
- 2) Tienen que ejecutarse, una vez adoptada, por cualquier medio: principalmente los medios son cinco, a saber, las medidas que sean adecuadas, el uso de la fuerza pública, la destitución de la persona servidora pública, la sanción disciplinaria y el seguimiento.²¹⁶

En este punto, la reflexión final es que el modelo planteado por la Constitución de 2.008 cuyo fondo ideológico es el neoconstitucionalismo debe, necesariamente, contar con autoridades jurisdiccionales comprometidas que superen la ideología de ser simples ejecutores de normas procedimentales en resolución de las sustantivas y comprendan que, la principal diferencia de los procesos modelo (civil o penal) con el constitucional actual es que, los procesos no terminan con la sentencia sino que debe cuidarse su cumplimiento. No obstante, cabe decir que esto es posible, es decir el seguimiento de un proceso, sólo respecto de los mecanismos de tipo institucionalizados, no obstante existen posibilidades de exigibilidad real dentro de otros espacios que es, precisamente, lo que se explicará en el capítulo siguiente.

²¹⁵ *Ibíd.* Pág.573.

²¹⁶ *Ibíd.*

4. CAPÍTULO 4: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN. EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD DENTRO DEL EJERCICIO DE LA MÚSICA COMO MECANISMO DE EXIGIBILIDAD SOCIAL DE DERECHOS

Revisados los contenidos teóricos correspondientes a esta disertación en los capítulos previos, se ha podido constatar que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, relacionado con la temática tratada, se encuentran reconocidos todos los mecanismos de exigibilidad planteados por la doctrina (institucionalizados como no institucionalizados); no obstante, podemos observar que, en la realidad, la realización concreta de los Derechos Humanos, aún más cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales, resulta insuficiente.

Ante esta situación, se puede concluir que la problemática, si bien parte de la aplicación ineficaz de estos mecanismos (principalmente de la acción de protección por los problemas que ya se analizaron), no se agota en la búsqueda de la exclusiva solución de estos problemas sino en una solución articulada que incluya un reconocimiento de aquellos mecanismos que, si bien han sido reconocidos normativamente, superan el ámbito exclusivo del Derecho y que caen dentro del ámbito de la participación. Los mecanismos de autotutela son necesarios y, por ello, es menester promover los mismos para que, con su ejercicio responsable, coadyuven en la consecución del tan anhelado “Estado Constitucional de derechos y justicia”.

Este capítulo tiene como finalidad dar una mirada a dichos mecanismos desde la aplicación del principio de corresponsabilidad establecido en el art. 83 de la Constitución ecuatoriana que, en concordancia con la experiencia del autor en el ámbito musical y sus correspondientes aportes, permitan esbozar una estrategia para el ejercicio de la autotutela dentro de los derechos reconocidos a los artistas (entre quienes se encuentran las personas dedicadas a la música) con lo que se cierra el círculo planteado en el capítulo preliminar en que se trató sobre la cultura y su importancia.

Es importante aclarar que esta propuesta no pretende ser la única respuesta ni la mejor pero sí un primer paso en el amplio camino que falta por recorrer en nuestra sociedad que, lamentablemente, sigue teniendo una opinión equivocada respecto del arte como modo de vida; por ello, se explicará la visión desde lo que, en opinión del autor, se necesita de un o una música para ejercer su rol dentro de la sociedad de forma consciente y concordante con los principios constitucionales. Se intentará romper las preconcepciones que tratan de establecer una dicotomía irreconciliable entre el ámbito público y el privado, desvalorizando el rol de la ciudadanía, por un lado, y, por otro, la preconcepción de muchos artistas que opinan que la mejor forma de abordar el fenómeno político (entendido como las situaciones que a diario se dan y que afectan a toda la ciudadanía en general y que supera lo relacionado con las funciones públicas y partidos políticos) es el desentenderse radicalmente de él y quedarse en la pasividad.

Desde ya se agradece todo aporte y crítica constructiva que permita ampliar lo desarrollado en los siguientes apartados.

4.1 Principio de la corresponsabilidad

Cabe iniciar este apartado bajo el entendido de que el principio de corresponsabilidad es un principio propio del constitucionalismo social, que parte del rompimiento de la clásica dicotomía liberal Estado/Sociedad Civil en la que la esfera pública no se circunscribe, exclusivamente, a la burocracia del Estado pues allí se involucra directamente la sociedad organizada.²¹⁷

Esto significa que el Estado tiene unas responsabilidades y funciones específicas dentro de su rol pero también la ciudadanía tiene unos derechos y, además, obligaciones que cumplir en lo que a los asuntos públicos se refiere; es decir que, más allá del rol que cumple el Estado, no debe, con éste, limitar a la sociedad de manera que: *“no suplante a los individuos cuando éstos puedan resolver sus problemas por sí mismos”*²¹⁸.

²¹⁷ Camps, Victoria. Elementos históricos del concepto de lo público. Pág.3. Internet. http://www.colombia2000.org/las_memorias/lo_publico/memorias_lo_publico. Acceso: (15 de Julio de 2.014).

²¹⁸ *Ibíd.*

Continuando con el desarrollo del principio, la idea central es que el Estado, además de su obligación de garantizar los derechos, deberes y obligaciones de las personas, también debe dispersar el poder que detenta; entendiendo esta dispersión del poder como la posibilidad de acercar el poder al ciudadano (y ciudadana) dando más poder a las políticas locales, transfiriendo el poder político en entidades independientes que promuevan la participación o abriéndose a las asociaciones privadas voluntarias, por ejemplo.

Este principio encuentra su fundamento en: *“una concepción de democracia participativa, en la que la gestión pública no se limita a la gestión de las instituciones del Estado sino que involucra a la sociedad civil en la gestión de lo público; entendiendo a lo público como aquello que conviene a todas las personas”*²¹⁹ En palabras de Garcés y Tarquino: *“La corresponsabilidad es la suma de voluntades, de esfuerzos y de recursos que tiene como meta el diseño y el cumplimiento de reglas que son de interés general”*²²⁰

Como se puede desprender de las citas precedentes, este principio necesita como base el entendimiento y aporte generalizado de todas las personas de la sociedad; esto lo explica de mejor forma Perfecto, quien dice que: *“el valor de la corresponsabilidad, la cual implica la responsabilidad, es un valor social insustituible para la observancia de los Derechos Humanos, para el debido cumplimiento de las obligaciones de unos en relación con los otros”*²²¹.

En otras palabras, se debe comprender que, para que la corresponsabilidad se pueda dar en la práctica, hay que empezar por el hecho de que las personas sean responsables con ellas mismas en relación a sus propias obligaciones de toda clase; en consecuencia, la corresponsabilidad presupone la responsabilidad y se vuelve un valor más alto que ésta ya que, mediante la misma, la persona asume su compromiso para actuar junto con otras en la construcción de una sociedad más justa.

²¹⁹ Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 14.

²²⁰ María Garcés y Carlos Tarquino. Lo público: una forma de redimensionar el papel del Estado y la sociedad civil en los procesos de control social. Revista Sínderesis. Bogotá, núm. 6, septiembre de 2.002. Págs. 75-96.

²²¹ Perfecto, José. La corresponsabilidad, valor social insustituible para la observancia de los derechos. Pág.2. Internet. <http://www.Google.es/search?q=cache:gs4LfhZxlcUJ.www.uaemex.mx/impaz/articulos>. Acceso: (15 de Julio de 2.014).

En atención a esta situación, la existencia de la corresponsabilidad o no depende de la interrelación que se dé entre las esferas estatal y de la sociedad civil; en palabras de Anzola: *“esta relación atiende a los contextos históricos, políticos, económicos, jurídicos y sociales determinados, y es en atención a dichos contextos que surge una relación o vínculo entre el Estado y la sociedad que permite la colaboración, la solidaridad y la corresponsabilidad entre éstos”*²²². Junto al principio de corresponsabilidad están otros como el de subsidiaridad²²³.

La sociedad es diferente al Estado pero ello no quiere decir que, necesariamente, se opongan. La sociedad civil sirve: *“como medio para ampliar y mantener las bases democráticas... la sociedad civil aparece como custodio y proveedor de bienes sociales frente a un Estado que deja de ser el único garante del bien común”*²²⁴. La redefinición de la relación Estado-sociedad plantea una nueva forma de relación y de entendimiento, que se basa en el consenso, en la búsqueda de encuentros, en el establecimiento de metas, objetivos, pretensiones frente a una realidad compleja, heterogénea y contradictoria²²⁵.

Otro punto importante para entender este principio es el de la concepción de lo público que no es, necesariamente, lo estatal; Mockus explica esto de la siguiente manera:

*“lo público encarnó en el Estado, pero al irse transformando, más recientemente, el Estado perdió el monopolio de lo público y se convirtió en el primer y principal actor que se somete al escrutinio público, de donde adquieren, en este contexto, un gran sentido las alianzas entre los organismos multilaterales o los gobiernos , nacionales o locales, y las organizaciones de la sociedad civil”*²²⁶

²²² Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 15.

²²³ Manuel García Pelayo. Obras Completas. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1991. Ts. I,II,III.

²²⁴ MASCAREÑO, C., op. Cit., Pág.3, en ²²⁴ Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 17.

²²⁵ IRANZO, T., op. Cit., en Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 17.

²²⁶ MOCKUS, A., op. Cit., ²²⁶ Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 18.

Por otro lado, Rabotnikof señala que lo público:

Es aquello que es de interés o de utilidad común a todos, lo que concierne al colectivo, lo que atañe a la comunidad y, por ende, a la autoridad de allí emanada, en contraposición de aquello que se refiere a la utilidad y el interés individual; lo público es lo que es visible y se desarrolla a la luz del día, lo manifiesto lo ostensible en contraposición de aquello que es secreto, preservado, oculto²²⁷

Para Cunill²²⁸ y Bresser-Pereira²²⁹ lo público, entendido como lo que es de todos y para todos, se opone tanto a lo privado como a lo corporativo. Y entienden que dentro de lo público puede distinguirse lo público estatal y lo público no estatal. Consideran que la importancia creciente que adquiere lo público no estatal se asocia de manera fundamental a la necesidad de proteger los derechos que cada ciudadano tiene, de que el patrimonio público sea de hecho público y no capturado por intereses particulares.

Lo público no estatal tiene una doble dimensión: como control social y como forma de propiedad y es precisamente en esta esfera (la de lo público no estatal) en donde la sociedad civil va a tener un ámbito de acción significativo y donde se va a desempeñar, en lo que respecta a la corresponsabilidad, así como a la participación como herramienta²³⁰. Una vez revisado el trasfondo teórico del principio, se puede dar un concepto más estructurado:

Los males sociales, la presencia vacilante e insuficiente de los Derechos Humanos en la sociedad, son cosas que deben afectarnos a todos, pues todos, de una u otra manera, podemos ayudar a su transformación... no sólo somos responsables de aquellos actos que nos puedan imputar a cada uno exclusivamente, porque son privados, sino de problemas y conflictos colectivos que piden una solución, asimismo, colectiva. Hay que repetirlo: todos

²²⁷ GARAY, S., op. Cit., p.1, en Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 18.

²²⁸ CUNILL, N., op. Cit., en Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 18.

²²⁹ BRESSER PEREIRA, L., op. Cit., en Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 18.

²³⁰ ²³⁰ Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 19.

*somos, de alguna manera, responsables de los males de la sociedad. No sólo el Estado, el gobierno o las anónimas estructuras sociales*²³¹.

Ahora bien, cabe hacer una aclaración, la corresponsabilidad no implica renuncia o abandono gubernamental de las competencias constitucionales y legales que le corresponden a las diferentes instituciones del Estado, ni significa tampoco que la sociedad civil sustituya a las autoridades y mucho menos que deben asumir obligaciones que le corresponden al Estado sino más bien que lo que busca es obtener resultados que mejoren el nivel de vida de todos los ciudadanos con la actuación conjunta y responsable tanto del Estado como de la sociedad civil, en aras de alcanzar el desarrollo humano de manera integral y con equidad en el marco de la normativa constitucional vigente²³².

4.1.1 La corresponsabilidad como parte fundamental de lo político

Dentro del principio de corresponsabilidad, es imprescindible reconocer las condiciones necesarias para que pueda ser aplicado en la realidad; así pues, hay que comprender que este principio: *“implica una verdadera transformación social de un país y la construcción de un proceso social en donde se conjuguen valores y modos de aprehensión de la realidad política, social, jurídica, en atención a un contexto histórico dado”*²³³. Se puede decir que, además del compromiso particular de cada persona de involucrarse activamente en el cambio, es un principio en constante evolución por la propia dinámica histórica que caracteriza al desarrollo de la vida social de un pueblo.

En consecuencia:

Una auténtica vida democrática exige la creación de espacios permanentes para que los sectores sociales participen en el diseño, aplicación y control de las políticas públicas,

²³¹ COMBELLAS, R., op. Cit., en ²³¹ Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 18.

²³² Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 20.

²³³Ibíd.

*especialmente en áreas como la educación, la salud, la seguridad social (DESC), entre otras*²³⁴. Se trata de darle un mayor contenido al fenómeno que, contemporáneamente, ha supuesto una transformación del Estado y de la sociedad civil y de sus relaciones cuya consecuencia principal es: “que una parte de las organizaciones sociales participa – de una u otra manera- en la formación y contenido de las decisiones y acciones del Estado y en la que el Estado incide, directa o indirectamente, en la esfera social sin necesidad de incorporarla a su propio ámbito”²³⁵.

En otras palabras:

*El principio de corresponsabilidad tiene como precepto el trabajo coordinado entre las diferentes instancias institucionales estatales en sus diferentes niveles y la sociedad civil; sociedad civil que debe desarrollar capacidades, habilidades y conocimientos que le permitan alcanzar beneficios sociales y cambios en sus condiciones de vida, en su manera de concebir la realidad y de verse a sí misma como actora política verdadera, empoderándose de lo público. Allí reside la corresponsabilidad vista como parte fundamental de lo político, por cuanto la actividad política no se limita a la actividad estatal”*²³⁶.

4.2 Aproximación a este enfoque

4.2.1 El caso venezolano

Anzola establece que la nueva realidad jurídico-institucional de Venezuela tiene sus antecedentes inmediatos en dos Constituciones: la de 1.947 que se considera la primera Constitución democrático-social venezolana, donde se abre democráticamente la participación popular y se reconocen los derechos sociales del pueblo venezolano y la de 1.961, la de más larga duración en ese país que se erigió en el marco institucional de la experiencia democrática inaugurada en 1.958.²³⁷ No obstante, el principio de corresponsabilidad se consagra recién en la Constitución de 1.999.

²³⁴ *Ibíd.* Pág.21.

²³⁵ Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág. 21.

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ *Ibíd.* Pág.22.

Este principio atiende a la concepción de Estado social de derecho y de justicia que la Constitución proclama así como al sistema de gobierno propuesto: democrático participativo. El principio de corresponsabilidad establece la relación entre el Estado y sus instituciones, independientes de la rama del poder público y del nivel de organización político-territorial, con la sociedad venezolana, en donde comparten responsabilidades, entre ellas, la de hacer cumplir la Constitución y las leyes²³⁸. En ocasión a este principio, la sociedad venezolana en su conjunto debe aportar sus esfuerzos para darle validez a la letra y al espíritu de las disposiciones constitucionales y legales, asimismo debe participar para alcanzar el bienestar social general.

En este sentido, la Constitución venezolana de 1.999, si bien inscribe su filosofía de los Derechos Humanos dentro de valores y principios “clásicos” (libertad, igualdad, justicia, democracia entre otros) también atiende a principios más innovadores como la solidaridad, la responsabilidad social y la corresponsabilidad, esto trae como consecuencia la colaboración entre el Estado y la sociedad²³⁹ y resulta de la aplicación del principio de alteridad recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29, numeral 1: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, pues solo ella puede desarrollar libre y permanentemente su personalidad”.

Debido a la presencia del principio a lo largo de todo el articulado constitucional, Anzola sostiene que:

Se interpreta que la sociedad civil tiene estos deberes formales que comparte con el Estado, en cuanto a gestión de lo público, en donde tiene como premisa los valores de equidad y de justicia. Se comparte la responsabilidad por la gestión entre el Estado y la sociedad civil, y esta responsabilidad deja de ser exclusiva del Estado. Se da paso así, a la noción de corresponsabilidad de donde la sociedad civil debe cumplir de manera responsable con el Estado los deberes que formalmente se le establece²⁴⁰

²³⁸ Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág.22.

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ *Ibíd.* Pág.26.

Concluye la autora su análisis sosteniendo que:

Corresponsabilidad es construir una cooperación responsable, consciente y respetuosa de la independencia – tanto del Estado como de la sociedad civil- para procurar frutos que optimicen el nivel de vida y de bienestar social de todos y cada uno de los ciudadanos venezolanos, en atención al respeto a la Carta Magna²⁴¹.

4.3 Justificación

En este apartado, en primera instancia, se revisará las normas que sirven de fundamento para el enfoque de la corresponsabilidad que se plantea como alternativa para hacer efectivos los DESC para, en lo posterior, revisar los conceptos de la doctrina de protección integral (relacionada con los derechos de la niñez y adolescencia) que servirán como base teórica para el desarrollo de la propuesta.

4.3.1 Base jurídica

La base jurídica²⁴² la encontramos, como no podría ser de otra manera, en el texto constitucional que, en varios numerales del artículo 83, establece el campo en el cual podemos fundarnos para sostener a la corresponsabilidad como una alternativa no solo viable de exigibilidad sino también legitimada por la norma; a continuación su análisis.

El artículo 83 de nuestra norma fundamental dispone: **“Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley”** y, en los numerales siguientes, desarrolla las responsabilidades y deberes. Esta primera parte del artículo es fundamental pues establece uno de los antecedentes necesarios del principio de corresponsabilidad como es la responsabilidad; antecedente que ya se desarrolló en la primera parte de este capítulo y supone el punto de partida para la aplicación de la corresponsabilidad.

²⁴¹ Aurora Anzola. La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela en Cuestiones Constitucionales, revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012. Pág.27.

²⁴² Todos los subrayados de este punto pertenecen al autor.

De los 17 numerales que forman parte de este artículo, los pertinentes a nuestra temática, son los números: 1, 5, 10, 12, 14 y 17, cuyo texto y análisis permitirán clarificar el estatuto jurídico de la corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El numeral 1 dispone: **“Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente”**; esta norma establece una responsabilidad de doble dimensión: una dimensión individual en la que cada persona debe cumplir, se puede decir, con las normas legítimas del tipo que fueran y una de tipo colectivo que supone el hecho de que, al momento que cada persona cumple con su responsabilidad personal, la suma de esos cumplimientos son el punto de partida del principio de corresponsabilidad. Es el punto de partida de este principio dado que, simplemente, se cumple con lo establecido y no se incide todavía en la exigencia de cumplimiento.

El numeral 5 dispone: **“Respetar los Derechos Humanos y luchar por su cumplimiento”**; esta obligación ya se encuentra contenida de manera general en la establecida en el numeral uno, no obstante, el constituyente ecuatoriano decide hacer énfasis en el respeto de los Derechos Humanos (responsabilidad personal) pero además agrega “luchar por su cumplimiento” con lo cual, a criterio del autor, se abre paso constitucionalmente al principio de corresponsabilidad. Ya no se queda la obligación en la esfera de lo individual mediante el cumplimiento de la obligación propia sino que se habla de lucha, lo que supone, necesariamente, una acción que incidirá más allá de esta esfera.

Hasta aquí la base jurídica que fundamenta el principio de corresponsabilidad, los otros numerales, que se analizarán a continuación, suponen la base normativa constitucional de la propuesta específica en el caso del ámbito del quehacer musical y de la manera en que, mediante su ejercicio responsable y comprometido, se puede lograr la aplicación del principio de corresponsabilidad.

El numeral 10 dispone: **“Promover la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales”**; este deber se considera como un principio fundamental para la propuesta dado que el arte musical, que supera toda normativa, división territorial o clasista, no puede supeditarse a la separación y menos aún a la exclusión dado que la diversidad la enriquece. Por otro lado, ya que la música es conocida como un lenguaje

universal, no se puede pretender que, como puente de diálogo intercultural sea, precisamente, excluyente en el desarrollo de este tipo de relaciones.

El numeral 12 dispone: **“Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética”**; esta responsabilidad, como no puede ser de otra manera, ensambla perfectamente con la propuesta de este trabajo que lo que busca, en esencia, es proporcionar herramientas a las personas que hacen arte musical (o cualquier otro arte) para que desarrollen un enfoque más amplio respecto de lo que su actividad de vida supone jurídicamente y entiendan, principalmente, que supera, y por mucho, a las cuestiones relacionadas con la propiedad inmaterial y los derechos de autor. Ahora bien, en este punto, dos reflexiones fundamentales:

- La primera respecto de lo que se debe entender por profesión u oficio; solamente aclarar que dado que el arte es una actividad humana que no puede definirse por un certificado oficial; simplemente se entenderá que se considerará músico (o artista) a toda persona que, de hecho, pudiera demostrar su habilidad.

- La segunda, y quizás más importante, respecto de la ética, en afán homogeneizador aunque sin pretender eliminar la propia libertad de pensamiento y de actuar que es el núcleo de la actividad artística; en la propuesta se asimilará dicha ética como la ética de los Derechos Humanos cuyo contenido se desarrollará posteriormente.

El numeral 14 dispone: **“Respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual”**; esta obligación que, de manera general ya se encuentra contenida tanto en la establecida por el numeral 1 como por el numeral 5, hace énfasis en las interseccionalidades que forman parte del enfoque basado en Derechos Humanos y que supone, asimismo, uno de los fundamentos de la propuesta.

Finalmente, el numeral 17 dispone: **“Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente”**; dicha obligación es, nada más y nada menos, el fundamento en el que se engranan todos los anteriores numerales ya que,

mediante su reconocimiento, se hará público el hecho de la internalización, en quien hace música, del principio de corresponsabilidad ya que, a través de su obra, estará, precisamente participando como ciudadano responsable. El desarrollo de este punto se lo encontrará en la responsabilidad social del músico.

4.3.2 Doctrina de protección integral de los derechos

En este punto se hará referencia al trabajo “La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones” de Yuri Emilio Buaz (oficial de derechos del niño/UNICEF). No obstante, cabe aclarar que lejos de tomar esta doctrina, por ser específica del ámbito de la niñez y adolescencia, lo que se buscará es comprender sus principales principios para trasladarlos a la propuesta de esta disertación; como un modelo claro y de aplicación real (en mayor o menor medida) que sirve de experiencia previa para la mejor organización de una propuesta en construcción.

¿En qué consiste esta doctrina?

El concepto que el autor desarrolla sobre la doctrina de protección integral es el siguiente:

Conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos²⁴³

Ahora bien, más allá del concepto (que era necesario citar), lo que más interesa para la propuesta son los principios que pueden aplicarse a la misma y que se encuentran dentro de la doctrina de protección integral, los mismos que se desarrollan a continuación:

²⁴³ Yury Buaz. La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones. Documento enviado en Enero de 2.003 a la: Red Interamericana de Educación en Derechos Humanos / Rede Interamericana de Educação em Direitos Humanos. Pág. 2.

1. **La Igualdad o No discriminación:** Es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los Derechos Humanos y se erige como eje para la universalidad de estos derechos. El carácter universal de las políticas sociales tiene que ver de manera inmediata con este principio, así como la aplicación y ejercicio de todos y cada uno de los Derechos Humanos tiene que ver con que esta aplicación y este ejercicio está dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por ende, desigualdad. El principio de igualdad se erige como fundamental, como norma con carácter jurídico-social definido, es decir, orientado a la lectura de todos los derechos consagrados, dirigido al desarrollo de políticas igualitarias en el ámbito público y privado, que garanticen el respeto de los Derechos Humanos. En consecuencia, no debe haber distinción para negar o conceder derechos, utilizándose como fundamento la condición social, el sexo, la religión o la edad.²⁴⁴

2. **La Efectividad:** La efectividad trae aparejada consigo la adopción de medidas o providencias no solo de carácter administrativo y legislativas, sino todas aquellas que siendo de cualquier índole conduzcan a la efectividad (goce y disfrute real) de los Derechos Humanos, al respeto de estos derechos y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas. El principio de efectividad es la base que da expresión práctica al carácter imperativo y a los mecanismos de cumplimiento, pero además, y principalmente, constituye el programa genuino para el desarrollo de las políticas de Derechos Humanos.²⁴⁵

A continuación el principio que, en opinión del autor, es el más importante y representativo de la doctrina de protección integral y que se buscará aplicar en la propuesta de la corresponsabilidad; se trata del principio de solidaridad.

3. **La Participación solidaria o principio de solidaridad:** El Estado, la familia y la comunidad conforman la trilogía sobre la cual descansa la responsabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los Derechos Humanos de la infancia. El conjunto articulado de las acciones entre el Estado y la sociedad

²⁴⁴ *Ibíd.* Págs. 3-4.

²⁴⁵ *Ibíd.* Pág.5.

destacan como un principio de participación democrática para la garantía de los derechos universales que permiten construir la doctrina de la Protección Integral.

El principio de solidaridad, debe leerse e interpretarse en relación con el de efectividad y prioridad absoluta, porque, si bien éste último obliga a las medidas de goce, disfrute y garantía de los derechos de los niños en un sentido amplio; el de solidaridad explica el deber de la comunidad y padres a orientar el pleno ejercicio por parte del niño. De manera alguna quiere decir que esta orientación sea imposición, por cuanto siempre debe ser entendida como coadyuvante acción del ejercicio efectuado por el niño. Para cumplir, respetar y hacer cumplir los derechos, en una concepción universal, colectiva e integral, no basta con que el gobierno sea el responsable inmediato de éstos. Si bien lo es, por intrínseca naturaleza de los propios Derechos Humanos, la sociedad y la familia están obligados a activar los mecanismos de garantía y protección necesarios para que la obligación del Estado sea correspondida con la obligación y solidaridad social. Para ello, la Doctrina de Protección Integral invita a crear mecanismos apropiados desde cada uno de los estamentos e instancias de la sociedad.²⁴⁶

Este principio, orientado hacia la protección de los derechos de la niñez y adolescencia en la Doctrina de Protección Integral es el que servirá de fundamento para la propuesta de la corresponsabilidad respecto de los DESC; básicamente lo que se busca es que, así como en materia de niñez existen sujetos (familia, sociedad) fuera del Estado que deben cumplir con los Derechos Humanos, en el caso de los DESC, también exista una colaboración (más aún un empoderamiento) de los mismos sujetos de derechos que permitan su accionar en aras de que los derechos sean efectivos y no dependen sola y exclusivamente del Estado. En otras palabras que se eviten las tradicionales actitudes clientelares en donde lo público se ve como el espacio del cual se debe esperar todo lo necesario cuando, si bien es una obligación general del Estado, no es menor la obligación de los beneficiarios de esas medidas en cuanto sujetos de derechos, la de reclamar y, en lo posible, por sus propios medios; generando una red más grande en donde la ciudadanía sea una ciudadanía comprometida con los más altos valores de los Derechos Humanos.

²⁴⁶ Yury Buaz. La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones. Documento enviado en Enero de 2.003 a la: Red Interamericana de Educación en Derechos Humanos / Rede Interamericana de Educação em Direitos Humanos. Págs. 5-8.

4.4 Desarrollo de la propuesta

4.4.1 Antecedentes

En los capítulos 2 y 3 de este trabajo se ha evidenciado que, si bien los mecanismos de exigibilidad normativamente reconocidos aparecen ser suficientes (pues en el texto escrito de las normas estudiadas encontramos reconocidas a, prácticamente, todas las clases de mecanismos que la doctrina establece), su realización efectiva en la realidad no llega a ser real, por lo que se hace necesaria una reflexión sobre las posibilidades de poder cambiar, de alguna manera y en algún grado, esta realidad.

Se iniciará con las reflexiones de Gerardo Pisarello que, al respecto, opina: *“que los tribunales, en definitiva, puedan ser instrumentos valiosos para tutelar los derechos sociales básicos de las personas no quiere decir que vayan a hacerlo, ni que existan razones históricas de peso para pensar que esto pueda ocurrir”*²⁴⁷. Como ya se revisó en el capítulo 3, las autoridades jurisdiccionales, a pesar de ser las llamadas a hacer cumplir lo DESC, lamentablemente no lo están haciendo y sólo el tiempo dirá si en el futuro llegarán a hacerlo.

Ante esta situación, Pisarello estipula una reconstrucción participativa y multinivel respecto de las garantías de los derechos sociales (DESC en sentido más amplio) y, entre sus puntos, recoge la función de la participación social que, en resumen, trata de lo siguiente:

*Sin perjuicio del importante papel que un poder estatal difuso, disciplinado en términos garantistas y controlado desde un punto de vista democrático podría desempeñar en la tutela de derechos, es una lección de los últimos siglos que ninguna estrategia de protección de los mismos puede, en términos realistas, asentarse en la ilusión politicista o jurdicista que todo lo confía a asambleas, ejecutivos o tribunales “virtuosos” y propensos, sin más, a la autolimitación*²⁴⁸

²⁴⁷ Gerardo Pisarello. Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción. Madrid, Editorial Trotta, 2.007. Pág.108.

²⁴⁸ *Ibíd.* Pág.122.

Queda claro, con la lectura de la cita precedente, que la tutela de los derechos no puede ni debe, de ninguna manera y en ninguna circunstancia, quedar supeditada a la esperanza de que las autoridades ejerzan sus competencias con sujeción a lo que las normas les obligan en razón del cumplimiento de los derechos. Menos aún cuando vemos que en el caso ecuatoriano, tanto la Función Judicial como la Legislativa y la Corte Constitucional, se hallan plenamente controladas por el Ejecutivo que, en su afán de mantenerse en el poder, interpreta y aplica las normas de la forma en que le conviene; resultando de ese ejercicio concentrador del poder, varias lesiones a los derechos por parte del mismo Estado como por ejemplo la situación suscitada en la reciente sentencia en el caso La Cocha²⁴⁹. Por esto, se hace necesario que mecanismos fuera de lo institucional también sean entendidos para ser aplicados y coadyuven a una vigilancia de la vigencia de los derechos. Continúa Pisarello diciendo:

No hay derechos sin deberes, pero tampoco hay sujetos obligados sin sujetos capaces de obligar. Así, aunque el papel de las garantías políticas y jurisdiccionales es esencial para dotar de eficacia a los derechos civiles, políticos y sociales, todo programa constitucional de garantías institucionales, por más exhaustivo que fuera, resultaría incompleto, irrealista y, en última instancia, fútil sin la existencia de múltiples escenarios de presión popular en condiciones de asegurarlos socialmente a través de poderes estatales, pero también más allá del Estado y, llegado el caso, en su contra²⁵⁰.

Para comprender de mejor forma las garantías sociales o extra institucionales, se debe tener en cuenta que éstas dependen exclusivamente del empoderamiento y actuación de sus propios titulares y consisten, normalmente, en el ejercicio de derechos civiles y de participación dirigidos a reclamar la satisfacción de aquellas necesidades e intereses básicos tutelados por esos mismos derechos.

La importancia de la exigibilidad social se explica de la siguiente manera:

Frente a la secular tendencia de las políticas sociales a configurarse como concesiones selectivas y discrecionalmente revocables, cuando no como instrumentos estigmatizadores y

²⁴⁹ Esta sentencia puede ser revisada en este link: <http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0731-10-EP.pdf>

²⁵⁰ Gerardo Pisarello. Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción. Madrid, Editorial Trotta, 2.007. Pág.123.

de orden público, la participación social constituye una herramienta vital para conjurar la apropiación paternalista de los derechos y de las necesidades que les dan fundamento, como para evitar que las políticas públicas se resuelvan en actos de corrupción y de desviación de poder por parte de las autoridades públicas²⁵¹

En este orden de cosas, un ejercicio sostenido y no temeroso del derecho de asociación, de información y de la crítica frente a normativas, resoluciones o sentencias que puedan constituir vulneraciones de derechos fundamentales, puede considerarse un ejemplo de garantías sociales de control; imprescindibles tanto para mantener viva la noción de democracia como para asegurar la eficacia del conjunto de los derechos; sería la forma más efectiva y clara de ejercicio del arte musical como garantía social de control mediante la crítica y el llamado al cuestionamiento de la forma de pensar respecto de una actuación, estatal o no, que vulnere derechos.

En esencia, el autor citado sostiene que:

Así, junto al pesado lastre de incumplimientos, exclusiones y regresiones que la historia de los derechos carga sobre sus espaldas, sería posible rescatar las múltiples experiencias reivindicativas, de solidaridad y cooperación, que los sujetos en apariencia más débiles, los sin poder, han opuesto a la arbitrariedad de los poderes dominantes de cada época, a veces a través del Derecho vigente, y en ocasiones contra él²⁵².

4.4.2 Caso específico: derechos de los artistas: artículos 22 y 23 de la Constitución de la República del Ecuador.

Una vez revisados los antecedentes, es menester analizar la normativa que posibilita la implementación de esta propuesta; esa normativa es la contenida en los artículos 22 y 23 de la Constitución que, en la parte pertinente, disponen:

Art. 22.- *Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas (...)*

²⁵¹ *Ibíd.*

²⁵² *Ibíd.* Pág.138.

Como se había dicho en páginas anteriores, los mecanismos de exigibilidad social consisten, en muchos de los casos, en el ejercicio de otros derechos reconocidos en la Constitución; este es el caso de lo dispuesto en el artículo 22, el derecho de las personas a desarrollar su capacidad creativa y al ejercicio sostenido de actividades artísticas, ejercicio mediante el que se puede implementar la propuesta de que sea la música la encargada de fomentar una cultura de respeto de los derechos y de su exigibilidad.

Art. 23.- Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales.

En concordancia con la norma anterior, este artículo completa el escenario en el cual se puede ejercer la propuesta ya que establece el derecho de acceder al espacio público como ámbito de deliberación y promoción de la igualdad mediante la difusión de las propias expresiones culturales; lo que se llevará a cabo, precisamente, mediante la música y su contenido. Es decir, la Constitución avala con este articulado el ejercicio mismo del quehacer musical en vivo al que, en la propuesta que se está desarrollando, se le agregará los conceptos relacionados al respeto y exigibilidad de Derechos Humanos; logrando de esta manera, que la parte artística en sí misma tenga un contenido de fondo que, en suma con otras estrategias, logre un sistema de exigibilidad social que se vuelva parte del imaginario colectivo ya que, finalmente, una canción, de verdad, puede llegar a cambiar el mundo.

4.4.3 Fundamentos de la propuesta

Para clarificar el nexo entre la problemática alrededor de los mecanismos de exigibilidad de los DESC y el ejercicio de la música como mecanismo de exigibilidad social de los derechos, hay que comprender cuál es el objeto de esta propuesta; dicho objeto es lograr que, mediante el ejercicio del arte musical, la música en sí misma se vuelva un mecanismo de exigibilidad social que, en suma con otras estrategias (artísticas o no), constituya un cambio en el imaginario colectivo para que la sociedad pase de la simple observación a la acción. El mensaje que debe encerrar dicho arte, tiene que tener fundamentos de base, los que, a continuación, se desarrollarán.

4.4.3.1 Educación en Derechos Humanos

Para poder iniciar cualquier tipo de propuesta que tenga que ver con respeto, promoción y exigibilidad de los Derechos Humanos (DESC en este caso específico) resulta imprescindible comenzar por la educación en Derechos Humanos de quienes vayan a abanderarse de la propuesta, ya que esta educación es la condición esencial para la promoción y el respeto de los derechos en tanto que sólo un pueblo que conoce y entiende sus derechos, sabrá exigir su respeto y se comprometerá a luchar por ellos.

Como establece Moriarty:

La educación en Derechos Humanos es esencial para crear ciudadanos activos en materia de Derechos Humanos, es decir, personas que no sólo conozcan y comprendan los Derechos Humanos sino que sean capaces de cambiar sus actitudes y comportamiento haciendo progresar la causa de los Derechos Humanos. Los ciudadanos activos en Derechos Humanos se protegen a sí mismos y protegen a otros contra las violaciones de Derechos Humanos, y promueven estos derechos al alzar su voz para cuestionar críticamente las prácticas y los comportamientos que provocan o constituyen una violación de los derechos de los grupos o de los individuos²⁵³

Ahora bien, es necesario definir qué se entiende por educación en Derechos Humanos y, para esto, seguiremos la fórmula que Amnistía Internacional propone:

La educación en Derechos Humanos pretende abordar la cuestión de los Derechos Humanos antes de que éstos se conviertan en un problema. Su objetivo es dar a conocer las normas de Derechos Humanos, fomentar la reflexión sobre el sistema de valores de nuestras sociedades y el análisis de las bases éticas y morales de la legislación en materia de Derechos Humanos y recordar a los receptores de la educación la necesidad imperativa de garantizar que a ningún ser humano se le nieguen los derechos fundamentales²⁵⁴

²⁵³ Kate Moriarty. Crear ciudadanos activos en el campo de los Derechos Humanos: El papel de la educación en Derechos Humanos dentro de Amnistía Internacional. en Tarbiya, revista de investigación e innovación educativa. N° 35, 2n. semestre 2.004: La educación en Derechos Humanos. Madrid, Instituto Universitario de Ciencias de la Educación, 2.004. Pág.2.

²⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 6.

Cabe entender entonces que la educación en Derechos Humanos tiene un carácter preventivo y por ello su importancia ya que busca abordar la situación antes de que exista el problema, es decir, antes de la violación o amenaza de violación del derecho. Asimismo, no trata solamente de revisar conceptos jurídicos o normas que establecen los derechos sino, y más importante aún, trata de lograr una interiorización de la persona para un cambio particular que después se reproduzca en sus semejantes.

Así lo entiende la autora que propone:

La educación en Derechos Humanos se ocupa, entre otras cosas, de informar sobre los instrumentos internacionales de Derechos Humanos; su objetivo es dar a conocer a las personas las normas legales que existen, su contenido y categoría jurídica. Pero la educación en Derechos Humanos no se limita a impartir conocimientos sobre Derechos Humanos. Fundamentalmente trata de cambiar actitudes y comportamientos y desarrollar en las personas nuevas aptitudes que les permitan pasar a la acción²⁵⁵

Con esto también queda claro que la educación en Derechos Humanos no atiende sola y exclusivamente a abogados y abogadas (como generalmente se cree por el contenido normativo relacionado) sino que es pertinente a todas las personas en razón de que, como seres humanos, son sujetos de estos derechos; con lo cual es mucho más factible lograr pasar de la pura teoría a la práctica. Así se entiende que:

La Educación en Derechos Humanos (EDH) es una de las herramientas que existen para poner en práctica la teoría de los Derechos Humanos. Estos derechos son inalienables, pero eso no significa que todas las personas comprendan (a) que tienen estos derechos o (b) los complejos problemas que llevan aparejados. La EDH (educación en Derechos Humanos) puede ayudar a las personas a entender la teoría de los Derechos Humanos y a integrarla en su vida cotidiana, a saber defender sus propios derechos y a aprender cómo actuar para defender los derechos de otras personas²⁵⁶

²⁵⁵ Ibíd.

²⁵⁶ Kate Moriarty. Crear ciudadanos activos en el campo de los Derechos Humanos: El papel de la educación en Derechos Humanos dentro de Amnistía Internacional. en Tarbiya, revista de investigación e innovación educativa. N° 35, 2n. semestre 2.004: La educación en Derechos Humanos. Madrid, Instituto Universitario de Ciencias de la Educación, 2.004. Pág.6.

En concordancia con lo establecido en el párrafo anterior, se debe comprender que la educación en Derechos Humanos busca un aprehendimiento profundo de los conceptos, a tal punto que ayuden a cuestionar los propios comportamientos enraizados en nuestra forma de ser por nuestro contexto cultural, para que, en un futuro, podamos modificarlos. Para que, más allá de conocer todas las normas que forman parte del marco regulatorio de los Derechos Humanos, se puede comprender la esencia de los mismos. Tomando en cuenta que:

La educación en Derechos Humanos, a través de sus diferentes métodos y técnicas, fomenta la reflexión sobre las creencias y formas de actuar adquiridas a lo largo de la vida. No se limita a sensibilizar a las personas sobre los problemas de Derechos Humanos, aunque desde luego éste es un trabajo muy valioso, sino que exige a los individuos implicados que cuestionen sus propias actitudes y, si es necesario, modifiquen su comportamiento. La educación en Derechos Humanos se dirige tanto al perpetrador como a la "víctima", animando al uno a cuestionar su comportamiento y cambiar su forma de actuar y confiriendo a la otra un nuevo poder a través del conocimiento. La educación en Derechos Humanos ofrece la posibilidad de cuestionar, debatir y analizar de un modo seguro opiniones e ideas profundamente enraizadas, y brinda la oportunidad de trabajar sobre los valores individuales, locales y globales²⁵⁷

Para resumir, como un paso previo a la implementación de la música como mecanismo de exigibilidad social, las personas que estén involucradas en el proceso deben contar con una educación en derecho humanos que es: *"un proceso mediante el cual se dota a las personas de habilidades y herramientas para que trabajen a favor de los Derechos Humanos, contribuyendo a crear una cultura global de Derechos Humanos que suponga una prevención y erradicación de las violaciones de Derechos Humanos en todo el mundo"*.

Para lograr este prerrequisito, se debe cumplir con tres etapas:

1. Conocer instrumentos internacionales de Derechos Humanos: Declaración Universal, Convención de los derechos de la infancia y otras normas internacionales.

²⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 9.

2. Reflexionar y fomentar la reflexión sobre violaciones de Derechos Humanos y la empatía con las víctimas con el fin de cultivar actitudes que emanan de la Declaración Universal, como el deseo de justicia, la solidaridad, la tolerancia, el respeto, el espíritu crítico, entre otros.

3. Promover el pase a la acción, que cada persona se convierta en defensora de sus propios derechos y de los derechos de los demás.

4.4.3.2 Ciudadanía y Participación

Otro de los puntos importantes a tomar en cuenta para esta propuesta es el concepto de ciudadanía y su importancia; es necesario que quienes practican arte, música en este caso específico, se vean como ciudadanos y ciudadanas comprometidos con lo que esa calidad supone y que supera el simple cumplimiento de obligaciones legales como las tributarias o electorales. Que entiendan que, políticamente, desde el ejercicio de la ciudadanía sí pueden lograrse cambios.

Así lo entiende Valentini que sostiene que:

El ejercicio de la ciudadanía es el campo propicio para la intervención consciente de las personas, de cara al proceso colectivo de transformación de la sociedad y de la regeneración de las estructuras estatales. Ejerciendo la ciudadanía es posible redefinir los rumbos de la sociedad y rediseñar el Estado, y convocarlo nuevamente a sus finalidades. La ciudadanía es la plaza que recoge la participación de las personas y la fuente que riega la actividad social y política²⁵⁸

De esta manera, queda claro que es responsabilidad de la ciudadanía (elemento humano del Estado) enrumbar las instituciones para que, de verdad, cumplan con los objetivos que le fueron trazados; en este caso como propiciadoras del cumplimiento de los DESC. Continúa el autor, diciendo:

²⁵⁸ Valentini, Demetrio. Política participativa, ejercicio de la ciudadanía. En Agenda Latinoamericana, año 2.008. Pág.1. Internet. <http://www.servicioskoinonia.org/agenda/archivo/obra.php?ncodigo=627>. Acceso: (20 de Julio de 2.014).

Es la ciudadanía la que puede reciclar la sociedad, de manera continua, oxigenándola con nuevos valores, los que la conciencia ética vaya indicando de manera siempre más clara, y urgiendo con fuerza creciente, en la medida en que la ciudadanía consigue llevarlos a cabo en un proyecto que ha de ser diseñado y activado gradualmente. El crecimiento de la ciudadanía es el garante de la activación de esos valores, que comienzan en forma de sueño y precisan encarnarse en la sociedad. Sin el ejercicio consistente, articulado y perseverante de la ciudadanía, estos valores resultan utópicos, y el permanecer inaccesibles puede provocar la frustración y el desánimo. La ciudadanía tiene el compromiso de realizar las utopías²⁵⁹

De esta manera, siendo los y las artistas, ciudadanos y ciudadanas, pueden, mediante su ejercicio artístico, ejercer la ciudadanía y lograr el recambio de la sociedad construyendo colectivamente con sus seguidores y otros artistas, productores, promotores culturales, etc., un nuevo orden en donde los valores de los DESC, y de todos los Derechos Humanos, sean respetados.

Mediante el ejercicio de la ciudadanía en los términos ya revisados, se debe llegar a una nueva relación entre la ciudadanía y el Estado, en donde a la ciudadanía se le: *“presenta el desafío de desprivatizar el Estado para que sea colocado de nuevo al servicio del bien público y supere sus vicios históricos”²⁶⁰*; reconociendo que el concepto de lo público supera a lo estatal, siendo el primero la búsqueda del tan anhelado bien común y el segundo, lamentablemente, la institucionalización que, viciada por intereses particulares, ha dejado de lado su objetivo principal que sí es de carácter público.

Finalmente, de lo que se trata esta nueva forma de relación entre el Estado y la ciudadanía es aquella en donde:

La sociedad necesita reasumir continuamente el Estado, y reorientar la finalidad de sus estructuras. Precisamos hacer la constatación realista de que todas las estructuras estatales tienen la tendencia a desvirtuar sus finalidades. Es la sociedad la que necesita injertar sin cesar el espíritu público dentro de las esferas estatales, por la práctica constante, lúcida y atenta de la democracia. Sin el ejercicio de la democracia, el Estado se oxida. No sólo en su macro estructura, sino también en sus concreciones locales. Todo lo que es estatal, sea hospital, banco o escuela, si no es oxigenado constantemente por las motivaciones del bien

²⁵⁹ Ibíd.

²⁶⁰ Ibíd. Pág.2.

*común, se va deformando por los vicios característicos de la burocracia, del acomodo, de la ineficacia, del privilegio que acaban privatizando la instancia estatal al servicio de intereses que utilizan los recursos públicos para protegerse. El Estado actual necesita de reingeniería para reestructurarse y actualizarse. Pero necesita sobre todo recuperar su alma, que es su finalidad pública, la que lo generó, y que ahora debe regenerarlo. Y esto sólo puede ser realizado por una sociedad que es capaz de diseñar un proyecto global del bien común para todos, y de percibir las prioridades estratégicas que deben ser asumidas por el Estado. Es preciso invertir las prioridades para que las energías del Estado sean puestas al servicio de los bienes fundamentales, de la salud, de la educación, de la vivienda, del trabajo, del transporte y del ocio. Esta inversión sólo será realizada si es urgida por una sociedad que sabe retomar el rumbo del Estado a través del ejercicio efectivo de la ciudadanía*²⁶¹

Como se desprende de la cita precedente, la reforma del Estado desde su esencia misma es posible mediante la acción de una sociedad comprometida con el objetivo de lo público y se puede decir que dicho accionar de la sociedad se obtendrá mediante la participación ciudadana; concepto que es menester tratar en este apartado.

La participación ciudadana es, según los documentos internacionales y andinos sobre participación ciudadana: *“un proceso de generación de conciencia crítica y propositiva en el ciudadano. La participación no es realmente efectiva mientras no vaya modificando y ampliando las relaciones de poder y su fin es la mejora sostenible de las condiciones de vida de la sociedad”*²⁶²

Dicha participación ciudadana, aunque es una sola en su conjunto, puede ejercerse en tres frentes distintos, a saber²⁶³:

- **Privada**

Es la que realizamos a nivel personal, en cuanto a cumplir algunos deberes y responsabilidades, tales como el pago de impuestos, el respeto de las leyes, el contar con un empleo para participar de la vida económica, entre otras.

²⁶¹ Valentini, Demetrio. Política participativa, ejercicio de la ciudadanía. En Agenda Latinoamericana, año 2.008. Pág.2. Internet. <http://www.servicioskoinonia.org/agenda/archivo/obra.php?ncodigo=627>. Acceso: (20 de Julio de 2.014).

²⁶² S/N. Pág.1. Internet: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista14/documentos/que%20es.htm>. Acceso: (20 de Julio de 2.014)

²⁶³ *Ibíd.*

- **Social**

Es la que realizamos ya sea en nuestro ámbito geográfico o funcional inmediato, en procura de mejorar condiciones de vida para una determinada colectividad. Ejemplo: nuestra participación en juntas de vecinos, sindicatos, grupos ecológicos, sociedad de padres de familia, colegios profesionales, etc.

- **Política**

Es la que realizamos cuando directamente o a través de nuestros representantes, buscamos los canales institucionales del Estado para lograr decisiones gubernamentales.

Como se dijo, la participación ciudadana es una sola pero, se puede decir que en el caso de la propuesta, se debe dar mayor importancia a la participación política pues con esta será con la que realmente se logre una incidencia como se quiere.

Por otro lado, también existen tres formas de entender a la participación ciudadana, formas que son complementarias entre sí; a saber²⁶⁴:

- **Como derecho:** Como la facultad de involucrarnos en el quehacer social para influir en nuestro devenir.
- **Como deber:** Como la responsabilidad de participar en los asuntos públicos.
- **Como mecanismo:** Como el instrumento mediante el cual podemos ejercer nuestros derechos y deberes.

Asimismo, las tres dimensiones son necesarias de ser entendida para el desarrollo de la propuesta, no obstante, la dimensión como mecanismo será la que mejor se adecue al objetivo de entender el ejercicio del arte musical como un mecanismo de exigibilidad social de derechos.

²⁶⁴ *Ibíd.*

4.4.3.3 El papel de la música en la sociedad

“La música siempre ha acompañado al hombre, es uno de los rituales más antiguos de la especie humana que refleja y expresa nuestras emociones, pasiones y sentimientos”²⁶⁵ y en función de esta posibilidad expresiva, resulta ser la música uno de los mejores catalizadores de la realidad social en la que vivimos por lo que, mediante su interpretación, se puede, realmente, lograr sensibilización e incidencia respecto de temáticas que inquietan a quienes hacen música como las relacionadas a los Derechos Humanos, por ejemplo.

La música es una actividad cotidiana a través de la cual se puede percibir el mundo y, en consecuencia, es un potente instrumento de conocimiento por medio del cual se puede llegar a las personas ya que:

No hay vida cotidiana sin música, las diferentes culturas han logrado ordenar el ruido y crear melodías, ritmos y canciones que han desempeñado un papel trascendental en el desarrollo de la humanidad, desde los cantos de los pueblos primitivos hasta los ritmos más urbanos como el rock, el jazz o el blues han tenido una repercusión muy importante en el desarrollo de la sociedad²⁶⁶.

La música ha estado ligada históricamente al desarrollo del ser humano, por lo tanto, es lógico que coadyuve, como se pretende en esta propuesta, a la comprensión de los Derechos Humanos como parte de un desarrollo con fundamentos más humanos del ser humano que, aunque suene sin sentido, ha dejado su humanidad de lado para confundir desarrollo con crecimiento económico, sin dudar en la vulneración de los derechos de los grupos menos favorecidos para la obtención de metas estrictamente onerosas.

Ahora bien ¿por qué, precisamente, se plantea que la propuesta sea a través de la música? La respuesta al encontramos en Fubini que nos dice: *“La música constituye un hecho social innegable, presenta mil engranajes de carácter social, se inserta profundamente en la colectividad humana, recibe múltiples estímulos ambientales y crea, a su vez, nuevas relaciones entre*

²⁶⁵ Glowacka, Pitet, Danuta. La música y su interpretación como vehículo de expresión y comunicación. En Comunicar 23. 2004. Págs. 57-60.

²⁶⁶ Jaime Hormigos. Música y sociedad. Análisis sociológico de la cultura musical de la posmodernidad. Madrid, Fundación Autor. 2.008. Pág.1.

los hombres²⁶⁷; con esa posibilidad, resulta ser de una ejecución poco complicada el objetivo de la propuesta ya que: *“las canciones y melodías que llevamos dentro de nuestro equipaje cultural implican determinadas ideas, significaciones, valores y funciones que relacionan íntimamente a los sonidos con el tejido cultural que los produce”*²⁶⁸. Es decir, en función de la capacidad de inserción profunda en el colectivo que tiene la música y con las ideologías que puede conllevar (en este caso el enfoque basado en Derechos Humanos), lograr nuevas relaciones entre las personas sí es posible de darse ya que, en base al mensaje, el respeto como principal componente, se irá logrando a corto, mediano y largo plazo según cada persona que vaya recibiendo el mensaje y su propio proceso de interiorización de estos conceptos.

En suma, podemos concluir, junto con Hormigos, que: *“la música tiene un papel muy importante en nuestra sociedad en cuanto a manifestación cultural, es comunicación entre los individuos, refleja la cultura de la cual forma parte”*²⁶⁹ pero, asimismo, por su propia dinámica y constante evolución, puede modificar esa cultura (la del irrespeto a los Derechos Humanos en nuestro caso) y, en ese punto, su importancia para esta propuesta.

4.4.3.4 El ejercicio responsable de la música

Previo al análisis correspondiente a este apartado, vale recordar la importancia de la música como expresión cultural; al respecto, Alda de Oliveira nos dice: *“Entre las funciones de la música en la sociedad se incluye la función de continuidad y estabilidad de la cultura”*²⁷⁰. Dada esta función de la música, lo que se quiere es hacer una reflexión respecto de lo que, en opinión del autor, debe entenderse como ejercicio responsable de la música; dejando en claro que no es ni pretende ser la única visión al respecto.

Simplemente decir que la música debe superar la barrera de lo únicamente festivo y pasar a llegar con un mensaje que tenga un fondo y no sea vacío como generalmente pasa en el pop; que se deje de cantar solamente sobre males de amor, noches de juerga y etc. y se empiece a hacer música que cuestione las injusticias sociales, que rescate la belleza del

²⁶⁷ Eduardo Fubini. Música y lenguaje en la estética contemporánea. Madrid, Alianza. 2.001.Pág.1.

²⁶⁸ Jaime Hormigos. La creación de identidades culturales a través del sonido en DOSSIER, publicado el 01 de Marzo de 2.010. Pág.2.

²⁶⁹ *Ibíd.*

²⁷⁰ Alda de Oliveira, “Educación musical y cultura: Bumba meu Boi”, en La música a partir de diferentes contextos de trabajo. Barcelona, Editorial Graó, 2.003. Pág. 9.

ser humano sin supeditarla a la relación de pareja, por ejemplo. En suma que, más allá del ejercicio profesional como una ciencia y técnica así como arte de la música, exista un fondo ideológico que se represente en la canción y logre lo que la propuesta busca: incidir en la sociedad en relación a su posición frente a los Derechos Humanos.

En concordancia con esta posición, Stockhausen nos dice:

La música no debería ser solo un baño de olas que masajean el cuerpo, un psicograma tonal, un programa de pensamiento con tonos. Debería ser una corriente tonal metamorfoseada de electricidad cósmica súper-consciente. La mayoría de los músicos que practican la música hoy en día están realizando una acción automática -inconscientemente- y han perdido el entusiasmo que tal vez tuvieron durante un breve lapso cuando eran muy jóvenes y estaban muy decididos con respecto a la música como profesión. Debemos construir nuevamente desde el principio, y una vez más debemos despertar ese entusiasmo original, o sino abandonar la música²⁷¹.

Nos dice el autor que se debe reconstruir la forma de hacer música para evitar su estancamiento en lo meramente automático y, qué mejor forma de darle nuevos elementos reformadores, que integrando los conceptos relacionados a la educación en Derechos Humanos.

Continúa el compositor diciendo:

Por esa razón, deberían disolver todas las orquestas y coros por un tiempo y dar a cada músico la oportunidad y el tiempo para mirar dentro de sí, para meditar, para descubrir qué es aquello para lo cual vive, por qué hace música y si está profundamente entregado a la música y por lo tanto debe dedicarse a ella²⁷².

Y, en el caso del autor de este trabajo, la razón por la cual hace música y quiere dedicarse a ella(y de hecho se ha dedicado durante su vida) es, precisamente, la posibilidad de contribuir a un pensamiento crítico a través del mensaje que pueda contener; ahora bien,

²⁷¹ Karlheinz Stockhausen es uno de los grandes compositores y pensadores del quehacer musical del siglo XX. Estos fragmentos se han tomado de su "carta abierta a quienes deseen ser músicos", disponible en: <http://flautistico.com/articulos/carta-abierta-a-quienes-deseen-ser-musicos>.

²⁷² *Ibíd.*

es un hecho que, así como se puede direccionar el ejercicio de este arte a la transmisión de mensajes que busquen el cambio, también podría hacérselo para lo contrario o para favorecer intereses privados irresponsables (los de la mayoría de la industria o de poderes fácticos que prostituyen a la música y al arte en general para mantener su hegemonía), razón por la cual se hablará del siguiente punto: la ética ciudadana.

4.4.3.5 La ética ciudadana

Este concepto, si bien parte de la visión jurídica de los Derechos Humanos, la supera y plantea un consenso en base al cual todas las personas puedan vivir sin conflicto superando todas sus diferencias de sexo, orientación sexual, etnia, etc. y es la columna vertebral de la propuesta de este trabajo.

Antes de esbozar el concepto de ética ciudadana, cabe entender el porqué de su surgimiento y, dicha razón, es el proceso de deshumanización que ha vivido nuestra sociedad desde sus inicios; lamentablemente, las desigualdades sociales han existido siempre y, en lugar de erradicarlas, los esfuerzos se hicieron para justificarlas. Frente a esta situación, y más allá de todo concepto de Derechos Humanos (que puede no ser universal), lo que busca esta ética ciudadana es romper con esta crisis y re-visualizar los Derechos Humanos desde una perspectiva ética. Esto lo podemos entender mejor revisando la cita siguiente:

Sin perjuicio de la pretendida unidad alrededor del concepto de Derechos Humanos, no puede negarse que la globalización ha puesto en el tapete la crisis de la cultura. Los sistemas políticos, las ideas económicas, las propuestas sociales son tan dispares que evidencian la ausencia de consensos de la sociedad actual que permitan un “saber universal” o que justifiquen, cuando menos, una práctica permanente que asegure la consecución del bien común. La trascendencia de las ideas, su permanente innovación, los avances de la ciencia, los descubrimientos de la tecnología sólo nos aseguran el cambio constante. Las prácticas políticas no han podido disminuir los cada vez mayores niveles de desigualdad y exclusión: la pobreza, el desempleo, el subempleo, la mala calidad de los servicios de salud y educación son una realidad tan tangible como innegable. Pareciera que la exposición de catálogos de derechos fundamentales o de libertades públicas o de derechos morales o, como comúnmente se les denomina de “Derechos Humanos” sólo son un buen argumento semántico antes que realidad palpable. El desprecio por la vida, el poco respeto de los

*derechos del otro no hacen más que reducir cualquier forma de crisis a una crisis moral que nos exige plantear el tema de los Derechos Humanos desde una perspectiva ética*²⁷³

Ante esa realidad, la ética ciudadana es la respuesta que nosotros podemos plantear y se puede conceptualizar como:

*Una reflexión teórica con alcances normativos respecto de aquellos ámbitos de ideas y de conductas en las que todos debemos coincidir, independientemente de nuestras diferencias. Es la universalización de pautas comunes para el comportamiento ético de los seres humanos. Así, es un deseo “universal” que las relaciones interpersonales se guíen por criterios de justicia o solidaridad, pero no todas las conductas humanas de trascendencia colectivas son así de diáfanas en su contenido, por lo que, como bien dice ARREDONDO RAMÍREZ, le corresponde a la ética ciudadana “establecer con claridad las conductas a las que todos estamos obligados. Es la agenda común que debemos cumplir para poder ser miembros activos y reconocidos de una comunidad plural” para cuya materialización se hace necesario que se defina “los derechos que todos debemos exigir, y las obligaciones que en conjunto debemos cumplir, sin importar nuestro sexo, raza, religión, partido político, capacidad económica, profesión, actividad, y cualquier otro aspecto que nos diferencie. La precisión del autor es válida justamente porque suele ocurrir que las diferencias culturales, se han convertido para otros autores, en el pretexto suficiente para pretender negar la universalidad de un proyecto de ética ciudadana*²⁷⁴.

Dada esta realidad compleja de poder llegar a consensos universales por las propias diferencias existentes entre la gran variedad de seres humanos; lo que se plantea en esta ética ciudadana es la posibilidad de llegar a establecer mínimos que, más allá de toda diferencia, estarán presentes en todo ser humano ya que tiene como fundamento la dignidad misma de la persona. En este caso, en lugar de remarcar las diferencias y mirarlas como obstáculos, se las respeta y se busca que, sin eliminarlas para lograr homogenización que termine con la diversidad, se las enmarcará dentro de ese sistema de mínimos.

²⁷³ Luis Hidalgo. Los Derechos Humanos como fundamento de la ética ciudadana. En Derecho y Cambio Social. Pág.1. Internet. <http://www.derechoycambiosocial.com/revista019/derechos%20humanos.htm>. Acceso: (24 de Julio de 2.014)

²⁷⁴ *Ibíd.*

En consecuencia:

La pretensión de la ética de mínimos es asegurar no sólo la convivencia pacífica sino también el máximo de justicia, la que se materializa justamente en la posibilidad que se le permita al ciudadano ejercer el conjunto de derechos contenido en las declaraciones de Derechos Humanos: los derechos civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales y, aquellos otros que se conocen con el nombre de derechos de la solidaridad (derecho a la paz, a un medio ambiente sano, el derecho al desarrollo, etc.)²⁷⁵.

Es por esto que dicha ética ciudadana se constituye en el pilar fundamental de la propuesta ya que es el punto de encuentro entre la parte teórica-jurídica y el ejercicio de la ciudadanía de cada sujeto de derecho en cuanto individuo comprometido, con el agregado de que estos sujetos de derecho son personas que hacen música y, por ende, desde su actividad cumplirán con los objetivos que plantea esta visión ética.

Finalmente, baste decir que, dado que la música es una herramienta útil de cambio social, por su capacidad de superar fronteras, barreras ideológicas, idiomáticas y culturales, resultaría de mucha ayuda el que las personas involucradas en su proceso de producción (músicos y músicas, intérpretes, productoras, disqueras, empresarios, managers, etc.), logren asumir responsablemente esa posibilidad real que tienen de llegar con su mensaje a las masas y lograr los cambios que tanto anhelan todos los frentes partidarios de los Derechos Humanos.

4.4.3.6 Ejemplos de la música como medio de protesta social a lo largo de la historia

Como un medio para demostrar que la propuesta planteada no solo es posible sino que ya se ha llevado a cabo en la historia de la humanidad, se hará una breve revisión de dos hitos históricos en los que la música ha jugado un papel preponderante como medio de protesta social; logrando una incidencia tal, que sus gestores llegaron ser perseguidos por los gobiernos de turno. Cabe decir, al iniciar este apartado, que la música siempre ha tenido cierto espíritu de rebeldía (en algunas épocas y lugares más que en otros) y que, por tanto, a

²⁷⁵ Ibíd.

lo largo de su historia se podría citar varios ejemplos como el caso del origen del jazz que se lo ubica en los cánticos de los esclavos dedicados a recoger algodón en la región del sur de los Estados Unidos y que, lo único que podían hacer para mitigar en algo su deplorable condición, era cantar. No obstante, los ejemplos que se analizarán han sido escogidos, el primero, por ser un caso más cercano a nuestro país y, el segundo, por la influencia que esa música ejerció en la historia de la humanidad.

1) La nueva canción latinoamericana²⁷⁶

Esta corriente musical puede conceptualizarse como: *“el instrumento político y estético para difundir en las masas la ideología que habría de motorizar los Nuevos Tiempos que se anunciaban en los años sesenta, y conducir a la formación del Hombre Nuevo, ése que haría la revolución política socialista y reivindicaría las clases tradicionalmente oprimidas”*²⁷⁷. Cabe decir que, más allá de la ideología que estaba detrás de este movimiento, el fondo del asunto era la reivindicación de derechos de los grupos oprimidos (la causa del desarrollo de los Derechos Humanos en toda su historia) y que, en consecuencia, no se lo puede circunscribir a una u otra ideología política. Claro que se trataba de tendencias socialistas porque ellas fueron las que, históricamente, gestaron la lucha por la consecución de los derechos económicos, sociales y culturales pero, no por esta razón, pierden su valía como ejemplo de exigibilidad social a un nivel más general.

Hay que entender el contexto histórico en el cual se desarrolló este movimiento y se trata de la década de los 60, el mismo que puede entenderse de la siguiente manera:

Los años sesenta son la matriz de cambios ideológicos mundiales que marcaron nuevos ejes directrices en la conciencia social y colectiva de los jóvenes. (...)Desde su comienzo, estos nuevos proyectos nacionales precipitaron crisis estructurales, lo que trajo como consecuencia un oleaje de represión, violencia, persecución y censura. Justamente, frente a este ambiente

²⁷⁶ Entre los principales exponentes de esta corriente, se puede mencionar a Víctor Jara, Quilapayun, Inti-Illimany, Violeta Parra y sus hijos en Chile; Atahualpa Yupanqui, Mercedes Sosa y Facundo Cabral en Argentina; Alfredo Zitarrosa, Daniel Viglietti y Los Olimareños en Uruguay; Amparo Ochoa y Oscar Chávez en México; Soledad Bravo, el grupo Ahora, Alí Primera y Gloria Martín en Venezuela; Geraldo Vandré, Tom Jobim, Giberto Gil, Milton Nascimento, Chico Buarque y Caetano Veloso en Brasil; Carlos Puebla, Noel Nicola, Pablo Milanés y Silvio Rodríguez en Cuba, entre muchos otros.

²⁷⁷ Fabiola Velasco. La Nueva Canción Latinoamericana. Notas sobre su origen y definición. En Presente y Pasado. Revista de Historia. Año 12. Nº 23. Enero-Junio, 2.007. Pág. 140.

enrarecido y militarizado, la juventud reaccionó elaborando propuestas estéticas e ideológicas que hicieron del arte un vehículo para la protesta y la crítica. Esta década fue el caldo de cultivo ideológico que movilizó a centenares de jóvenes ansiosos por reformas y revoluciones políticas y sociales (...) En este contexto, los movimientos contraculturales comenzaron a proliferar sobre la base de múltiples sistemas ideológicos, logrando una admirable capacidad de organización y acción social, sobre todo en el caso europeo. Los sesenta estuvieron marcados por la crítica a las instituciones, al modo de producción capitalista y, sobre todo, estuvieron signados por la reacción colectiva frente a un sistema sociopolítico considerado represivo²⁷⁸.

Es precisamente la posibilidad de reacción frente a la represión, de forma organizada y colectiva mediante la música, la que marcó la importancia del movimiento de la nueva canción latinoamericana que:

Se erige como canal de reacción y expresión en contra de la dictadura, a favor de los derechos de los ciudadanos, en contra del imperialismo, sobre la base de la sabiduría de un pueblo que es inspiración y, a su vez, baluarte de la identidad que urge ser rescatada. Así, la Nueva Canción Latinoamericana se convierte en un símbolo de consciencia latinoamericana, expresada en la continuidad y consonancia de ideas compartidas sobre el destino que deben tener los pueblos de América Latina²⁷⁹.

El hito que más interesa de este movimiento, para el caso de la propuesta, es el hecho de que:

Desde esta perspectiva, América Latina era vista como un continente que debía forjar su liberación, rompiendo la cadena de dependencia con los Estados Unidos y creando canales de comunicación efectivos para los cantores del pueblo latinoamericano. En consecuencia, el músico debía participar activamente en la tarea de liberación y debía un claro compromiso con la izquierda que, según esta visión, era la única vía para la descolonización²⁸⁰

²⁷⁸ *Ibíd.* Págs. 141-142.

²⁷⁹ *Ibíd.* Págs. 144-145.

²⁸⁰ Fabiola Velasco. La Nueva Canción Latinoamericana. Notas sobre su origen y definición. En Presente y Pasado. Revista de Historia. Año 12. Nº 23. Enero-Junio, 2.007. Págs. 146-147.

2) El “rock and roll” y la “folk music”

Paralelamente (y de manera paradójica se podría decir) en los Estados Unidos (parangón del sistema capitalista al que criticaba la nueva canción latinoamericana) surgió otro movimiento contracultural que, principalmente, se opuso a la guerra en Vietnam; se trata del movimiento hippie que reivindicaba derechos de grupos oprimidos; por otro lado el rock and roll se convertiría en una forma expresión artística contestataria y nacería la llamada “folk music”.

Así lo entiende Velasco:

En este escenario, Estados Unidos atravesaba una significativa crisis social y política, derivada de problemas no resueltos en la década anterior: nos referimos a la pugna comunista de 1946 a 1956, y la paranoia colectiva que esta situación originó; la Guerra de Corea de 1950 a 1953, que recrudeció las tensiones provocadas por la Guerra Fría; la Lucha por los Derechos Civiles, que conllevó revueltas populares y enfrentamientos; la Crisis de los misiles en Cuba en 1962 que ubicó a Estados Unidos como potencia agresora y hegemónica en el hemisferio occidental. Aunado a esto, se desarrolló el movimiento contracultural hippie que defendía la no violencia y condenaba la Guerra de Vietnam, solidarizándose con grupos sociales oprimidos y discriminados. En este contexto, se despliega el rock n' roll como forma de expresión contestataria y nace un nuevo tipo de canción que critica el sistema político y la situación de Estados Unidos en el mundo. Paralelo a este proceso, se desarrolla la folk music, que va a estar marcada por un contenido político moderado, cuyos participantes y creadores eran a la vez activistas políticos medianamente comprometidos. Dentro de esta nueva corriente debemos mencionar a Pete Seeger, Joan Báez, Bárbara Dane y Bob Dylan en sus inicios²⁸¹

Lamentablemente, el rock and roll pasó de ser una manifestación contracultural a ser un simple producto en base a la lógica del mercado perdiendo su esencia contestataria y, por tanto, su relevancia como medio de protesta social; este fenómeno lo explica Velasco de la siguiente manera:

²⁸¹ *Ibíd.* Págs. 142-143.

*Estados Unidos se convirtió en un polo de irradiación musical, que conllevó la globalización del rock n'roll, a través del desarrollo y masificación de la industria del disco. De esta manera, el rock n'roll se transformó en una manifestación sociológica que respondía a necesidades de cambio y de crítica, se revelaba irreverentemente ante un sistema capitalista que parecía defectuoso y destapaba la frustración del llamado Sueño Americano. No obstante, con los años, y debido a las concepciones de la lógica del mercado, este movimiento pasó a ser un mero producto, perdiendo así su carga contestataria y crítica*²⁸²

Si bien, tanto la nueva canción latinoamericana como el rock and roll en su versión de folk music perdieron, de alguna manera, su norte debido a situaciones extras para las cuales no estaban preparadas (el anquilosamiento ideológico en el primer caso y el poder de mercado, en el segundo); no puede negarse su influencia e importancia como medio de protesta social y, por tanto, como mecanismos de exigibilidad social. En todo caso, lo que se espera es que, con el tiempo y en base a la aplicación de la propuesta planteada, la música producida por quienes se adscriban a esta posibilidad se renueve con los conceptos mínimos de Derechos Humanos que superan ideologías y no suponen sino la reivindicación de la dignidad de la persona.

4.4.3.7 *Una reflexión final: Música: ¿arte o mercancía?*

Como última reflexión, que está direccionada principalmente a las personas que se dedican a la música (aunque no exclusivamente), queda decir que, como resultado de esta propuesta de incluir en nuestro bagaje, al momento de componer, los conceptos de Derechos Humanos en aras de conseguir despertar al cambio a quienes nos escuchen, debemos replantearnos la razón por la cual estamos en la música.

Sin ánimo de imponer ésta, que es mi propia visión, creo que sí es posible, al menos, llegar al acuerdo de que existe una diferencia entre el arte y la mercancía; quienes estamos comprometidos con hacer arte y no quedarnos en un simple ejercicio de vender, tenemos la posibilidad de, con ese arte musical de contenido, lograr una incidencia en nuestra sociedad.

Incidencia que podría significar una mejor relación entre los seres humanos, el respeto a la diversidad, acabar con las guerras, buscar soluciones a los abusos de grupos de

²⁸² Ibíd. Pág. 143.

poder, lograr que la gente, al menos en su interior, pueda sentirse verdaderamente libre mediante la música para que, a la hora de la verdad, pueda pasar a la acción. Lograr que la música recupere su papel preponderante como expresión de los más altos anhelos humanos y superemos las simples historias de amor o desengaño que, más allá de un sentimiento compartido, no logran mover masas y replantearse la realidad y la necesidad de mejorarla.

En suma, lograr que, acompañada de nuestra música con contenido, la siembra de humanos produzca mejores frutos; superando la barrera de lo simplemente banal de escuchar o hacer música por gusto o hobby para volver a la espiritualidad de la misma como un ritual de la cotidianidad del ser humano desde su aparición en este mundo.

5. CONCLUSIONES

1. El problema de la no realización de los DESC en nuestra sociedad, más allá del ámbito jurídico-normativo, responde a un problema cultural. A la inmadurez que, como sociedad, tiene la ecuatoriana acostumbrada a negar a otras personas, a desentenderse siempre que el problema no le afecte directamente, a buscar marcar diferencias inexistentes y, sobretodo, a buscar la forma de irrespetar el derecho de otras personas siempre que esto suponga una ventaja.
2. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen el mismo estatus jurídico que los derechos civiles o políticos; todos los Derechos Humanos son de igual jerarquía ya que son reconocidos en constituciones y tratados internacionales y, en consecuencia, gozan de mecanismos equivalentes de tutela.
3. La trascendencia del cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales es de suma importancia ya que, de su realización, depende la posibilidad de que las personas puedan tener una vida digna o no.
4. En las normas analizadas en este trabajo, se encuentran reconocidos todos los mecanismos de exigibilidad de derechos que la doctrina distingue, sin embargo, estos mecanismos no son suficientes porque las violaciones de derechos siguen dándose en nuestra realidad.
5. Es posible lograr un mejor cumplimiento de los Derechos Humanos en general y de los DESC en específico, mediante un cambio cultural que plantee que cada ciudadano o ciudadana, como sujeto de derechos, asuma esa calidad con responsabilidad y, de esta manera, se vuelva activo defensor o defensora de sus derechos y de los de sus semejantes; esta interiorización lograría que, más allá de nuestra posición en la sociedad, logremos el enfoque necesario de que los Derechos Humanos no son meras cuestiones jurídicas sino esenciales a la dignidad humana.

6. Una posibilidad de coadyuvar en el desarrollo de una cultura de cumplimiento y respeto por los Derechos Humanos, se encuentra en los mecanismos de exigibilidad social, entre los cuales, podemos incluir a la música que, siendo un producto íntimamente vinculado con el ser humano, es parte de la cultura inmaterial de la sociedad e implica un proceso creador que puede direccionarse con el enfoque basado en Derechos Humanos.
7. El derecho al desarrollo artístico supone, no solo la exigencia de medios para el ejercicio de la actividad artística sino la obligación de volverse un mecanismo de exigibilidad en sí mismo. Más allá de la obligación, por parte del Estado, de generar condiciones mínimas, conlleva la responsabilidad de cada artista de justificar la existencia de dichas condiciones mínimas y darle contenido a dichos mecanismos mediante la realización de una propuesta seria del arte como verdadera forma de vida. Entendiendo dicha responsabilidad como la de mantener activos los espacios de discusión y crítica de las desigualdades para que el Estado, generalmente poco proactivo en este tema y con tendencias a que el cambio de gobierno corte presupuestos y redefina políticas, no se desentienda de sus obligaciones pero tampoco pueda usar al arte como botón político para desviar la atención de la ciudadanía de los temas de importancia, desapareciendo al individuo.

6. RECOMENDACIONES

1. El tratamiento de los Derechos Humanos, en cualquiera de sus posibles ámbitos de estudio, debería realizarse desde un enfoque amplio que supere a lo estrictamente jurídico ya que son temas que, como su propia esencia lo establece, atañen a los seres humanos en cuanto personas y, por ende, pueden servirse de otras ramas del conocimiento para su mejor comprensión.
2. Es de suma importancia que este tipo de investigaciones puedan realizarse interdisciplinariamente para que el sustento científico sea mayor tomando en cuenta aspectos de otras ciencias sociales que podrían aportar al tema como la sociología, la historia, la etnomusicología y la filosofía, entre otras.
3. Es menester que, como etapa práctica de la propuesta contenida en esta investigación, se produzca un disco que tenga la participación de un equipo interdisciplinario con el objetivo de que los temas que se concreten en el proyecto puedan servir como medios para la educación en Derechos Humanos.
4. Se recomienda que, desde la sociedad civil, existan campañas que utilicen el arte como el medio para la sensibilización de la sociedad respecto de los Derechos Humanos y su cumplimiento. Para que se logre cambiar la mentalidad de las personas de que este tipo de temas solo interesan a los abogados o al Estado.
5. Esta propuesta debería ser tomada en cuenta por el Estado a través del Ministerio de Cultura y Patrimonio para que, como parte de sus políticas públicas, por ejemplo, en lo relacionado con el fondo fonográfico, incluya una categoría para proyectos musicales que busquen fomentar una cultura de respeto de derechos. También, debería implementar proyectos de capacitación para todo el sector público, de tal manera que las personas que están a servicio de la ciudadanía puedan tener el conocimiento suficiente para evitar convertirse en perpetradores de las violaciones o amenazas de violación de los derechos; no obstante, estas capacitaciones deben ser realizadas por instituciones ajenas al Estado para evitar posibles manipulaciones.
6. Normativamente, es recomendable que en el Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Defensa Profesional del Artista (en debate todavía) se incluyan como principios del ejercicio del arte, los planteados en esta propuesta y conocidos

como ética ciudadana para que, el enfoque basado en Derechos Humanos, sea la medida del desarrollo de este tipo de actividades.

7. Se recomienda también que SAYCE (como entidad de gestión colectiva en el ámbito musical y otras entidades similares en otras artes), más allá de sus funciones de recaudación, impulse la redacción de códigos de ética en los cuales se incluyan los principios que deberían guiar el ejercicio de la música, entre los cuales se reconozcan a los relacionados con la ética ciudadana. Este proceso debe realizarse con la participación de los artistas agremiados.

7. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid, Editorial Trotta, segunda edición, 2.004.
- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional. Buenos Aires, Editora del Puerto, 2.006.
- Adoum, Jorge. Ecuador: Señas Particulares. Otras Señas Particulares. Quito, Editorial Eskeletra, sexta edición, 2.000.
- Alston, Philip y Steiner, Henty (comp). International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals. Oxford, Clarendon Press, 1.996.
- Ávila, Ramiro. En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. Quito, UASB Digital, 2.012.
- Ávila, Ramiro y Courtis, Christian editores. La protección judicial de los derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, primera edición, 2.009.
- Babington, Thomas. "Milton". Collected and Historical essays. Londres, Dent, Everyman's Library, 1.907.
- Bidart, Germán. Teoría General de los Derechos Humanos. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1.993.
- Bidart, Germán. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires, Ediar, 1.995.
- Bobbio, Norberto. Il positivismo giuridico, lezioni di filosofia del diritto. Turín, Librería Universitaria, 1.960.
- Buaiz, Yury. La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones. Documento enviado en Enero de 2.003 a la: Red Interamericana de Educación en Derechos Humanos / Rede Interamericana de Educação em Direitos Humanos.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. Derechos Humanos en Argentina: Informe 2009. Buenos Aires, CELS/Siglo XXI, 2.009.

- Colmenares, Carlos. Bloque de constitucionalidad en materia procesal civil. XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Universidad Libre, 2.005.
- Contesse, Jorge. Editor. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2.009.
- Donelly, Jack. Derechos Humanos Universales en teoría y en la práctica. México, Ediciones Gernika S.A, 1.994.
- Donoso, Miguel. Ecuador: Identidad o Esquizofrenia. Miradas Adicionales. Quito, Editorial Eskeletra, tercera edición, 2.004.
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Editorial Trotta, séptima Edición, 2.005.
- Ferrajoli, Luigi. “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales”. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta, España, 2.001.
- Ferrajoli, Luigi. “La Democracia Constitucional”, en Christian Courtis (comp.). Desde otra mirada. Buenos Aires, Eudeba, 2.001.
- Ferrajoli, Luigi. “Quali sono I diritti fondamentali?”. Diritti Umani e diritti delle minoranze. Turín, 2.000.
- Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid, editorial Trotta, 1.999.
- Fubini, Eduardo. Música y lenguaje en la estética contemporánea. Madrid, Alianza. 2.001.
- García, Manuel. Obras Completas. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1.991.
- Gargarella, Roberto. El derecho a la protesta. El primer derecho. Buenos Aires, Ad Hoc, 2.005.
- Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco. El Derecho y la Justicia. Madrid, Editorial Trotta, segunda edición, 2.000.
- Godoy, Marco. Breve Historia de la Música en el Ecuador. Quito, Corporación Editora Nacional, Primera reimpresión, 2.007.
- Hormigos, Jaime. Música y sociedad. Análisis sociológico de la cultura musical de la posmodernidad. Madrid, Fundación Autor. 2.008.
- Huntington, Samuel. The Clash of Civilizations, Foreign Affairs. Verano, 1.993.
- Kuper, Adam. Cultura: la versión de los antropólogos. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, edición en castellano, 2.001.

- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: EXIGIBLES y JUSTICIABLES. Preguntas y respuestas sobre los DESC y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. México, Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Espacio DESC) y la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH México), 2.010.
- Maritain, Jacques. Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle. Nueva York, Editions de la Maison Francaise, 1.942.
- Nogueira, Humberto. La Interpretación Constitucional de los Derechos Humanos. Lima, Ediciones Legales, 2.009.
- Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Exigibles y Justiciables. México D.F, 2.010.
- Oliveira, Alda. "Educación musical y cultura: Bumba meu Boi". La música a partir de diferentes contextos de trabajo. Barcelona, Editorial Graó, 2.003.
- Oyarte, Rafael. Curso de Derecho Constitucional. Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2.007
- Pisarello, Gerardo. "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español". Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites. Albacete, editorial Bomarzo, 2.010.
- Pisarello, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción. Madrid, Editorial Trotta, 2.007.
- Salgado, Hernán. Lecciones de Derecho Constitucional. Quito, Ediciones Legales - Colección Profesional Ecuatoriana, Cuarta Edición, 2.012.
- Sanchís, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid, Debate, 1.990.
- Saurá, Jaume. La exigibilidad jurídica de los Derechos Humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Barcelona, Papeles el tiempo de los derechos, 2.011.
- Trujillo, Julio César. "El Amparo Constitucional: su aplicación y límites". Serie "Estudios Jurídicos". Quito, Corporación Editora Nacional, volumen 19, 2.002.
- Valdivieso, Mara. Los derechos económicos, sociales y culturales. Tesis doctoral. Quito, 1.996.
- Vergés, Salvador. Derechos Humanos: Fundamentación. Madrid, Tecnos, 1.997.

- Villán, Carlos. “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”. Cátedra Gerardo Molina, Derechos económicos, sociales y culturales. Bogotá, Editorial Kimpres, 2.009.
- Vitoria, Francisco. Doctrina sobre los Indios. Salamanca, Editorial San Esteban, 1.992.
- Wray, Norman. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, tesis doctoral. Quito, 2.003.

REVISTAS:

- Anzola, Aurora. “La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela”. Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional. México, UNAM, número 26, enero-junio 2.012.
- Caicedo, Alberto. “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”. Derecho Constitucional Andino. Revista de Derecho UASB, No.12, Quito, 2.009.
- Carpizo, Jorge. “Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características”. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 25. México, 2.011.
- Danuta, Glowacka, Pitet. “La música y su interpretación como vehículo de expresión y comunicación”. Comunicar 23. 2.004.
- Ferrajoli, Luigi. “Garantías”. Revista Jueces para la Democracia. No.38, (julio 2.000). Madrid, 2.000.
- Garcés, María y Tarquino, Carlos. “Lo público: una forma de redimensionar el papel del Estado y la sociedad civil en los procesos de control social”. Revista Sindéresis. Bogotá, núm. 6, septiembre de 2.002.
- Hormigos, Jaime. “La creación de identidades culturales a través del sonido”. DOSSIER, publicado el 01 de Marzo de 2.010.
- Moriarty, Kate. “Crear ciudadanos activos en el campo de los Derechos Humanos: El papel de la educación en Derechos Humanos dentro de Amnistía Internacional”. Tarbiya, Revista de investigación e innovación educativa. Nº 35, 2n. semestre 2.004: La educación en Derechos Humanos. Madrid, Instituto Universitario de Ciencias de la Educación, 2.004.

- Nogueira, Humberto. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales Efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano”. Estudios Constitucionales. Año 7, N° 2, 2.009.
- Requejo, Paloma. “Bloque constitucional y comunidades autónomas”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No.22, Madrid, 1.998.
- Velasco, Fabiola. “La Nueva Canción Latinoamericana. Notas sobre su origen y definición”. Presente y Pasado. Revista de Historia. Año 12. N° 23. Enero-Junio, 2.007.

EN INTERNET:

- Britos, Nora. Exigibilidad de los derechos sociales: estrategias y líneas de acción. Internet. <http://modulosocioterritorial.files.wordpress.com/2009/08/exigibilidad-de-derechos1.pdf>. Acceso: (09 de Junio de 2.014).
- Camps, Victoria. Elementos históricos del concepto de lo público. Internet. http://www.colombia2000.org/las_memorias/lo_publico/memorias_lo_publico. Acceso: (15 de Julio de 2.014).
- Hidalgo, Luis. Los Derechos Humanos como fundamento de la ética ciudadana. Internet. <http://www.derechoycambiosocial.com/revista019/derechos%20humanos.htm>. Acceso: (24 de Julio de 2.014)
- Jurado, Romel. Exigibilidad de los Derechos Humanos relacionados con la comunicación desde el ámbito de las políticas públicas. Internet. www.uasb.edu.ec/padh/revista4/articulos/romeljurado.htm. Acceso: (05 de Junio de 2.014).
- Perfecto, José. La corresponsabilidad, valor social insustituible para la observancia de los derechos. Internet. <http://www.Google.es/search?q=cache:gs4LfhZxlcUJ.www.uaemex.mx/mpaz/articulos>. Acceso: (15 de Julio de 2.014).
- Valentini, Demetrio. Política participativa, ejercicio de la ciudadanía. Internet. <http://www.servicioskoinonia.org/agenda/archivo/obra.php?ncodigo=627>. Acceso: (20 de Julio de 2.014).

NORMAS:

- Constitución de la República del Ecuador

- Constitución Política de la República del Ecuador de 1.929.
- Constitución Mexicana de 1.917.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

SENTENCIAS, RESOLUCIONES, INFORMES:

- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías, 30 de enero de 1.987, Párr.25.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A, N° 5, 13 de noviembre de 1985, párr. 69.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2005*, OEA/ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2.006.
- Resolución 0002-2005-TC, Tribunal Constitucional, R.O. 382-S, 23-X-2006.
- Resolución 001-2004-DI, Tribunal Constitucional, R.O. 374, 9-VII-2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, 26 de junio de 2.008, Rol No 976, considerando 30.
- Tribunal Constitucional Español, sentencia 83/1.984.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

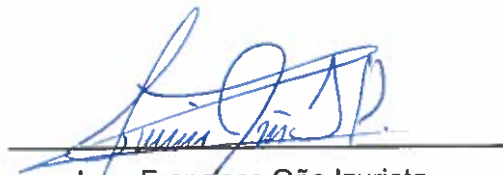
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Juan Francisco Oña Izurieta, portador de la C.C. No. 171542368-5, autor del trabajo de graduación intitulado: **"MECANISMOS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO, A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 2.008: ENFOQUE DE LA CORRESPONSABILIDAD"**, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 19 de Mayo de 2.015.



Juan Francisco Oña Izurieta

C.C: 171542368-5

REPUBLICA DEL ECUADOR
DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACION Y CENSALACION

CECULA DE CIUDADANIA No. 171542368-5

ORA IZURIETA JUAN FRANCISCO

PICHINCHA/QUITO/CHAUPICRUZ

12 MARZO 1990

004-0088 02162 M

PICHINCHA/QUITO

GONZALEZ SUAREZ 1990

FORMA DEL CECULAN



ECUATORIANA***** E334312242

SOCTERO

SECUNDARIA ESTUDIANTE

MILTON WENSESLAD ORA ACOSTA

LITCAN RUTH IZURIETA NARVAEZ

QUITO APELLIDO DE LA MADRE 11/04/2008

1170472020

FORMA No. REN 2743647

Pch

