

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ECUADOR
DEPARTAMENTO DE ASUNTOS PÚBLICOS
CONVOCATORIA 2012-2014**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN
POLÍTICAS PÚBLICAS**

**LOS DESC EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN DE 2008: EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO
INSTRUMENTO DE SU CONCRECIÓN.**

HARRY FERNANDO SÁENZ VIVANCO

FEBRERO 2015

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ECUADOR
DEPARTAMENTO DE ASUNTOS PÚBLICOS
CONVOCATORIA 2012-2014**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN
POLÍTICAS PÚBLICAS**

**LOS DESC EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN DE 2008: EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO
INSTRUMENTO DE SU CONCRECIÓN.**

HARRY FERNANDO SÁENZ VIVANCO

**ASESOR DE TESIS: DR. IVÁN NARVÁEZ
LECTORES: DR. RAMIRO VITERI
DR. FERNANDO GARCÍA**

FEBRERO 2015

DEDICATORIA

A quienes trabajan y luchan por la justicia social.

AGRADECIMIENTOS

A quienes generosamente me apoyaron y acompañaron en estos años de estudio. Especialmente quiero agradecer al Dr. Iván Narváez por el tiempo dedicado a guiar la redacción de la tesis, su paciencia y erudición serán siempre recordadas.

ÍNDICE

Contenido	Páginas
RESUMEN	7
CAPITULO I	11
DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES, ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS	11
1. El reconocimiento histórico de los derechos fundamentales.....	11
2. El tránsito del “Estado Liberal de Derecho” al “Estado Social de Derecho”.....	17
3. Estado Social y garantía de los derechos sociales fundamentales.....	19
4. Del “Estado Legislativo Social” al Estado Constitucional de Derecho.....	23
5. Estado Constitucional de Derecho(s) y Políticas Públicas.	27
6. Políticas Públicas y garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).....	30
7. Bloque de constitucionalidad, instrumentos internacionales y políticas públicas.	32
CAPITULO II	41
LOS DESC EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE 2008: DESDE LA IDEACIÓN (CONSTITUCIÓN DE 2008) A LA PLASMACIÓN (PROCESOS Y RESULTADOS)	41
1. Antecedentes políticos y sociales	41
1.1 <i>La Constitución de 1998</i>	41
1.2 <i>Confrontación y Movilización social por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i>	42
2. La Ideación.	43
2.1 <i>DESC y Derechos del Buen Vivir en la Constitución de 2008</i>	44
2.2 <i>Las Políticas Públicas como garantías de derechos en la Constitución de 2008</i> .	46
2.3 <i>Los derechos en la planificación estatal: el Plan Nacional para el Buen Vivir y la guía para la formulación de políticas públicas sectoriales</i>	47

2.4 <i>El proceso y los actores involucrados en la planificación de políticas públicas con enfoque basado derechos humanos.</i>	52
3. La Plasmación.	55
3.1 <i>La exigibilidad judicial de los DESC como indicador global de estructura.</i> ..	57
3.2 <i>El gasto público social como indicador global de proceso.</i>	60
3.3 <i>El Índice de Desarrollo Humano como indicador global de resultado.</i>	62
3.4 <i>Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) como indicadores de estructura, proceso y resultado.</i>	63
CAPÍTULO III	70
EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO PARA LA CONCRECIÓN DE LOS DESC: TENSIONES Y DESAFÍOS.	70
1. Las Tensiones por la Constitucionalización de los DESC: Bases Históricas para una discusión.....	70
2. La Importancia del Bloque de Constitucionalidad para la Garantía de los DESC: la Experiencia Internacional.	76
3. La fuerza expansiva del Bloque de Constitucionalidad a partir de 2008.	83
4. El Desafío Esencial del Estado Constitucional Ecuatoriano: Mejores Garantías, más Democracia.....	90
CONCLUSIONES	99
BIBLIOGRAFÍA	104

RESUMEN

1. Problemática y Justificación

Desde la vigencia de la Constitución de 2008 todos los poderes públicos deben garantizar derechos. Esto significa que, hoy, las garantías constitucionales de derechos fundamentales no son exclusivamente normativas o jurisdiccionales: las políticas públicas también protegen y satisfacen derechos consagrados en Bloque de Constitucionalidad (Art. 85 Const.). El mandato constitucional es asumido de la siguiente manera por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo: “Con el fin de promover, proteger y hacer efectivos los derechos fijados en la Constitución, se deben integrar los estándares y principios de derechos humanos en las políticas, planes y proyectos públicos”; en consecuencia, para la SENPLADES, “el Bloque de Constitucionalidad es la guía fundamental de las políticas de Estado” (SENPLADES, 2011: 7-11).

La política pública, dimensionada como hecho objetivo de investigación científica, debe su construcción y plasmación a múltiples factores, variables y condiciones que requieren ser tomados en cuenta al intentar una apreciación más acabada y auténtica de sus causas y resultados. Estudiar las políticas públicas sin reconocer su interacción sistémica con fenómenos sociales, culturales, políticos, históricos, ideológicos e institucionales, implica, con frecuencia, cercenar la comprensión del alcance, contenido y límites de su implementación. Es necesaria, para evitar tal sesgo en la investigación, una observación multidimensional y compleja de la política, una visión que integre experiencias y saberes, sujeta al contexto y a las sucesivas relaciones de diversos elementos. Considerando lo dicho, la presente investigación pretende explorar y evidenciar los orígenes y consecuencias de las nuevas interacciones, iniciadas a partir de 2008, entre el Bloque de Constitucionalidad y las políticas públicas. Especialmente se buscará revelar el impacto del nuevo diseño constitucional en la concreción de los derechos sociales fundamentales (DESC).

2. Objetivos e hipótesis

Objetivo Principal.

Como condición necesaria para ser guía fundamental de las políticas públicas:

- Determinar el alcance y contenido del Bloque de Constitucionalidad, y las oportunidades y consecuencias de su total operatividad para el Estado ecuatoriano. Específicamente, en el caso de los DESC, esto implica identificar las posibilidades o límites de su aplicación en la formulación, ejecución o evaluación de las políticas públicas, y analizar los potenciales efectos de su revisión judicial.

Objetivos Secundarios.

- 1) Esclarecer la importancia, teórica y práctica, del Bloque de Constitucionalidad para la superación de la cultura jurídica legalista-formalista y la plasmación de la “democracia sustancial”.
- 2) Determinar como el empleo de indicadores para valorar el disfrute de derechos, el cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos y el seguimiento de las recomendaciones de los comités especializados en derechos humanos, pueden ser útiles como herramientas para la construcción de políticas públicas que garanticen derechos sociales.

Hipótesis.-

Por convertirse, a partir de 2008, en guía esencial de las políticas públicas y encauzador de las acciones ciudadanas (judiciales y extra-judiciales) promotoras del desarrollo humano, el Bloque de Constitucionalidad es eficaz instrumento – teórico y práctico- para la comprensión y concreción de los DESC.

3. Metodología

Investigar la función del Bloque de Constitucionalidad como instrumento de plasmación de los DESC en las políticas públicas del Estado ecuatoriano requirió, en primer lugar,

revisar sistemáticamente (Proyecto Bibliográfico) literatura académica especializada en constitucionalismo, derechos fundamentales y políticas públicas sociales.

Identificada la bibliografía pertinente y relevante para la investigación, se procedió a establecer las claves teóricas que viabilizaron la comprensión e interpretación de los hechos estudiados. En este sentido, el enfoque Neoconstitucionalista fue especialmente esclarecedor y significativo para el análisis de la situación de los DESC en Ecuador a partir de 2008.

La aproximación al conocimiento del caso investigado se realizó a través del acceso a fuentes que aportaron información de naturaleza cualitativa y cuantitativa, tales como: Gobierno Nacional, Instituciones Internacionales, Asamblea Nacional, Organismos No Gubernamentales, comunidad académica y científica, entes reguladores y de control, otros sectores organizados de la Sociedad Civil. Particularmente revelador fue el acercamiento a los conceptos y propuestas de los actores involucrados en el reconocimiento constitucional de los DESC, en la adopción de los derechos fundamentales como eje de la gestión estatal y en su aplicación al formular, implementar y evaluar la política pública. Se emplearon, además, indicadores de Estructura (Textos constitucionales, leyes, exigibilidad judicial, diseño institucional, etc.), de Proceso (Gestión gubernamental, planificación, gasto público, etc.), de Resultado (Medidas cuantitativas comprobables y comparables) con el propósito de precisar la distancia entre el estándar o meta deseable en el goce de los DESC y la realidad concreta de su ejercicio.

4. Estructura de la Investigación

La primera parte del Capítulo I pretende dar cuenta de los sucesos históricos y posiciones teóricas que posibilitaron la defensa e incorporación de los derechos sociales fundamentales en las Constituciones nacionales. Más adelante, en el mismo capítulo, la investigación caracteriza la versión liberal del Estado de Derecho y lo enfrenta con el modelo de “Estado Constitucional de Derechos”. Precisamente, el paradigma de “Estado Constitucional” empieza a materializarse desde 2008 y, al hacerlo, reconfigura la institucionalidad ecuatoriana: las políticas públicas y los DESC adquieren nuevos estatus y se despliegan en nuevas dimensiones.

El Capítulo II intenta reflejar la situación de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en las políticas públicas del Estado ecuatoriano. Para el propósito la investigación sintetiza la ideación (propuestas constitucionales y legales), compendia los esfuerzos por incorporar los DESC en la planificación pública (indicadores de proceso) y expone ciertos resultados de política (indicios de estancamiento, progreso o regresión en la satisfacción de los derechos).

Finalmente, en el Capítulo III, se analizan y explican las razones y hechos que transforman al Bloque de Constitucionalidad ecuatoriano en instrumento de concreción de los DESC. Sobre todo se evidencia, a través de sus páginas, la permanente interacción sistémica entre los componentes sociales, políticos, históricos, ideológicos e institucionales concurrentes en la construcción de las políticas públicas.

CAPITULO I

DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES, ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

1. El reconocimiento histórico de los derechos fundamentales

La exigencia y la aplicación de los derechos humanos han transcurrido rara vez de un modo pacífico. Los derechos humanos han surgido de luchas violentas, en ocasiones de carácter revolucionario, por el reconocimiento (Habermas, 2012:30).

Estudiar los derechos a partir de su historicidad equivale a puntualizar que no siempre existieron como tales, ni representaron necesariamente latentes aspiraciones humanas de todas las edades y lugares. “Basta mirar los escritos de los primeros iusnaturalistas para darse cuenta de cómo se ha ampliado la lista de los derechos: Hobbes incluso no conocía más que uno, el derecho a la vida” (Bobbio, 1991: 70). Dotar a los derechos de especificidad histórica nos permite apreciar dos dimensiones o aspectos relevantes de su alcance y contenido, a saber: 1) las causas que promueven su reconocimiento como aspiraciones legítimas de individuos o sociedades, y 2) el contexto temporal y espacial que define su alcance o contenido.

Respecto a la primera dimensión, los procesos reivindicatorios de derechos eclosionan solamente cuando especiales circunstancias, propuestas y agentes concurren simultáneamente al llamado de insistentes demandas colectivas. Según Ferrajoli, todos los derechos fundamentales han sido consagrados constitucionalmente “como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de la normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente” (Ferrajoli, 2007: 363). Sobre el segundo aspecto, el mismo autor señala claramente: “En todos los casos los derechos fundamentales corresponden a valores y a necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinada” (Ferrajoli, 2009: 916). Peces-Barba es también claro al respecto: “Una reflexión sobre la realidad que está formada por hechos históricos, da lugar a la aparición de valores que, a su vez, generarán derechos, por lo que se pasa de lo descriptivo a lo prescriptivo” (Peces-Barba, 1999: 143).

En efecto, los derechos fundamentales surgieron como expresión de relevantes reivindicaciones sociales, políticas, culturales y económicas propias de una época específica, “surgen gradualmente de las luchas que el hombre combate por su emancipación y de la transformación que las condiciones de vida que estas luchas producen” (Bobbio, 1991: 70). En cierta forma, los derechos fundamentales fueron “conquistados” por la rebelión “de los sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte” (Ferrajoli, 2007: 363); su formulación como derechos fue estimada, en su momento, cómo la técnica idónea para la tutela de los individuos más débiles:

En otras palabras: si *queremos* que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal (Ferrajoli, 2007: 362).

Por así llamarlos, “los derechos oponibles al poder” conquistados en siglos premodernos son las semillas de las que germina el constitucionalismo del siglo XVIII: “Se suele llamar ‘constitucionalismo’ a la teoría y la práctica de los límites del poder” (Bobbio, 2006: 139). Si bien, en estricta consideración doctrinaria, no se puede hablar de derechos fundamentales “fuera del marco conceptual e institucional del constitucionalismo” (Carbonell, 2013: 62), si cabe referirse a ellos como precursores inexorablemente ligados “al surgimiento del Estado constitucional como forma de organización del Poder y como representación de un nuevo sistema de relaciones entre gobernantes y gobernados” (Carbonell, 2013: 53).

De acuerdo a Bobbio, entre los documentos de derechos anteriores al Estado constitucional se puede, a manera de ejemplo, citar los siguientes: a) La Magna Carta de Enrique III (1225); b) El Bill of Rights (1689) de los estados americanos y c) La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) (Bobbio, 2006: 138), que representa “junto con la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, una especie de acta de nacimiento del Constitucionalismo” (Carbonell, 2013: 97).

En efecto, en las Declaraciones de Derechos del siglo XVIII se halla presente el germen de todos los principios que forman el substrato ideológico del moderno régimen constitucional. Dichos textos representan la síntesis de las ideas y tendencias encaminadas a arrinconar los vestigios arbitrarios del absolutismo y a encaminar al Estado hacia la conquista, en ocasiones lenta y trabajosa, de los principios de libertad y democracia (Pérez Luño, 2010: 219).

De hecho, el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789 indica expresamente que: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución.” En otras palabras, la garantía de los derechos, hoy llamados fundamentales, forma parte del “contenido esencial” de toda Constitución (Habermas, 1999: 174-175).

Los derechos consagrados en la Declaración de los revolucionarios franceses pretenden, ante todo, trazar límites al poder político, al dominio desbordado del Estado Absolutista, “son consecuencia de una realidad, de una situación fáctica que se rechaza” (Peces-Barba, 1999: 143). Los derechos de la Declaración fueron levantados como trincheras de una batalla contra el abuso de poder, “como una acción de guerra contra los tiranos” (Bobbio, 1990: 66). Con esta Declaración los revolucionarios manifestaron su intención de invertir la relación entre individuo y Estado, su decisión de oponerse a la visión tradicional que atribuía a los individuos obligaciones más que derechos (Bobbio, 1990: 67). En la nueva Constitución el Estado tenía que “obligarse” a garantizar los derechos de los individuos: “Respecto de los individuos los derechos pasan a primar sobre los deberes; respecto del Estado pasan a primar los deberes sobre los Derechos” (Bobbio, 2009: 516).

En aquella época se buscaba mantener una esfera de libertad individual, un espacio sin injerencia o impedimentos causados por poderes exteriores (Poder estatal): “representan la idea de la libertad como no interferencia, como creación de un espacio libre a través del Derecho para el desarrollo de la autonomía de la voluntad privada” (Peces-Barba, 1999: 201). De hecho, de los cuatro derechos considerados en el artículo dos como “naturales e imprescriptibles” sólo se define la libertad: “poder hacer todo lo que no daña a otros” (Art.4). Conforme a los nuevos derechos, el Estado debe abstenerse de interferir en el ámbito de las libertades individuales y debe, también, evitar que otros individuos las constriñan. Según Isaiah Berlín, son derechos de “libertad negativa”, es decir, libertad como ausencia de coacción.

Normalmente se dice que soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad. En este sentido, la libertad política es, simplemente, el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieran (Berlín, 1993: 191-192).

Por el énfasis en este tipo de libertad, los derechos de la Declaración francesa son también conocidos como derechos de libertad y el Estado que debe garantizarlos como Estado liberal (Habermas, 2012: 19). Por su alcance y contenido son, además, denominados derechos civiles (que se reconocen a todos los ciudadanos) y políticos (reconocidos a los ciudadanos que tienen derecho a sufragar) (Pérez Luño, 2010: 37). Con fines didácticos y de acuerdo a su progresiva aparición histórica, algunos autores suelen llamarlos derechos de “Primera generación” (Marshall, 1998: 36; Rey Cantor y Rodríguez, 2003: 49).

Pocos años después, especialmente con la consolidación de la Revolución Industrial, los derechos de libertad se revelan insuficientes. Las libertades de la Revolución sólo las disfrutaban algunos. Gran parte de la población se hallaba en precaria situación laboral y económica. La Revolución Industrial mostraba así su sombría faceta.

En efecto, entre la plasmación de la libertad en el papel y su práctica real, había mucho camino que recorrer. Era imposible, por ejemplo, ejercer plenamente la libertad sin salud, sin educación o sin trabajo. En este contexto, los primeros reclamos obreros se presentaron en Inglaterra. Los trabajadores ingleses se organizaron y formularon peticiones al Parlamento. En 1835 el emergente y fuerte movimiento obrero redactó la “Carta del Pueblo” (El Cartismo) y, entre 1842 y 1848, consiguió reformar las leyes laborales (Rey Cantor y Rodríguez, 2003: 141-143).

En 1848 la insurrección de republicanos y obreros parisinos culminó con la proclamación de la Segunda República. Los trabajadores, durante las manifestaciones, fijaron carteles con proclamas que decían: “Donde no existe igualdad, la libertad es una mentira.” “Los trabajadores han sido esclavos, han sido siervos, hoy son asalariados; es preciso tratar de hacerlos pasar al estado de asociados” (Rey Cantor y Rodríguez, 2003: 149).

Sin duda, el logro más relevante de dicha acción revolucionaria fue la consagración constitucional del derecho al trabajo:

Artículo VIII.- La República debe proteger al ciudadano en su persona, su familia, su religión, su propiedad y trabajo, y poner al alcance de cada uno la instrucción indispensable para todos los hombres; debe por una asistencia fraterna, asegurar la existencia de los ciudadanos necesitados, sea procurando

trabajo en los límites de sus posibilidades, sea otorgando, en defecto de la familia, asistencia a los que no están en situación de trabajo.

A partir de esta rebelión, la “cuestión social” se instala en el debate parlamentario francés. El derecho al trabajo será el eje articulador de la deliberación sobre el “déficit de la realidad social en relación con el imaginario político de la república.” (Donzelot, 2007: 26). No faltaron quienes propusieron la remisión del derecho, la anulación del “error cometido” (Donzelot, 2007: 30) si se tomaba en cuenta la incapacidad de satisfacerlo debido a los escasos recursos económicos estatales. La discusión jamás concluyó. De hecho, las posiciones se radicalizaron y los defensores de la “cuestión social” plantearon la necesidad de avanzar hacia la concreción de un Estado Social que supere las bases conceptuales sobre las que se levantaba el Estado Liberal. Este tema se abordará más adelante.

Luego de los hechos franceses, pensadores y líderes políticos de varios países también tomaron parte en los intensos debates sobre la pertinencia de reconocer nuevos derechos en respuesta a las nuevas realidades económicas y sociales: “son los casos en que, por afectar la posibilidad de que un ser humano se desarrolle como tal, determinadas necesidades se establecen como derechos fundamentales” (Peces-Barba, 1999: 203). El producto de estas reflexiones y controversias ideológicas fue la paulatina concienciación de incorporar a las Constituciones los llamados *derechos sociales*: “derechos tendentes a crear las condiciones reales y efectivas para la generalización del disfrute de la libertad (...) una libertad igualitaria, avanzando en el objetivo de la igualdad material, contribuyendo a la satisfacción de las necesidades básicas” (Peces-Barba, 1999: 203-204). Como ejemplo de esta constitucionalización, por el amplio catálogo de derechos consagrados, son relevantes las Constituciones de Querétaro (México 1917) y de Weimar (Alemania 1919) (Carbonell, 2011: 107).

No obstante los importantes avances en la constitucionalización de los derechos sociales, la polémica sobre su reconocimiento como derechos fundamentales continuó. Otro capítulo de esta histórica deliberación se verificó durante la redacción de la vigente Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948):

La batalla sobre los artículos económicos y sociales se dio principalmente entre los representantes de las democracias liberales como los Estados Unidos e Inglaterra, quienes buscaban dejar un mayor grado de actuación a la iniciativa

individual y a la negociación colectiva, y por el otro lado, los delegados que pensaban que el Estado debía comprometerse más en la regulación de los salarios y las condiciones laborales. Este último grupo era más numeroso: además de los representantes comunistas, lo formaban los socialdemócratas y los democristianos de Latinoamérica y de Europa occidental (Glendon, 2011: 232).

En efecto, las deliberaciones sobre el alcance y contenido de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se centraban en la conveniencia o inconveniencia de un cambio en la actividad estatal. Los nuevos artículos que consagraban los derechos sociales (22 al 27) exigían, básicamente, mayor intervención del Estado para satisfacerlos (Pérez Luño, 2010: 85). Fueron estimados por los países de tradición liberal como derechos esencialmente prestacionales, es decir, generadores de excesivas obligaciones positivas, “de hacer”, para el Estado; se oponían, en este sentido, a la concepción liberal del “Estado mínimo” (Nozick). Actualmente, los argumentos de los defensores y detractores de los derechos económicos, sociales y culturales - Derechos de Segunda Generación (Habermas, 2012: 19) - siguen sustentados en los beneficios o perjuicios de la acción estatal.

En las últimas décadas, ante las primeras evidencias de una irreversible transformación planetaria, el derecho internacional de los derechos humanos planteó la necesidad de establecer nuevas líneas de acción y reacción que contribuyan a superar los nuevos retos y desafíos: “La filosofía clásica de los derechos humanos no había previsto, ni se había ocupado de esas eventualidades, porque quizá no eran relevantes en los momentos en que se fue formando” (Peces-Barba, 1999: 184). Indudablemente, los conflictos interculturales, las migraciones, la globalización económica o el cambio climático afectan de múltiples maneras la vida de los ciudadanos y el desarrollo de las naciones. Evidentemente, urge definir nuevos derechos que apuntalen los esfuerzos por solucionar los problemas nacidos de las nuevas condiciones sociales, culturales, económicas y ambientales, urge construir “un consenso ético cada vez más amplio sobre la necesidad de unos nuevos derechos fundamentales por su contenido y también porque, en parte, los titulares son, además de los hombres que viven hoy los que vivirán en el futuro” (Peces-Barba, 1999: 185). Precisamente, a manera de ejemplo, el reconocimiento del derecho humano al agua se enmarca en esta búsqueda de soluciones a un problema que afecta y amenaza la vida de millones de personas.

El derecho al agua, el derecho a un ambiente sano, el derecho al patrimonio común de la humanidad son algunos de la nueva lista de derechos de Tercera Generación que se encuentran en fase de consolidación e incorporación a las constituciones de numerosos países.

2. El tránsito del “Estado Liberal de Derecho” al “Estado Social de Derecho”

Las experiencias de exclusión, miseria y discriminación enseñan que los derechos fundamentales clásicos adquieren un “valor igual” (Rawls) para todos los ciudadanos únicamente cuando se complementan con “derechos sociales y culturales (Habermas, 2012: 20).

De acuerdo a lo señalado en páginas anteriores, el reconocimiento histórico de los derechos fundamentales constituye el antecedente esencial que cimienta la construcción doctrinal del Estado de derecho (Pérez Luño, 2010: 218).

En efecto, las declaraciones de derechos que precedieron a la Revolución Francesa siempre buscaron frenar los actos abusivos y arbitrarios del poder. Frente al dominio despótico del *Ancien Régime*, los derechos fundamentales fueron defendidos y argumentados en su función delimitadora del poder y como “espacios naturales” para el ejercicio de la libertad individual: “se trata de esclarecer cómo se actúa por el poder, con qué procedimientos y con qué límites, y qué espacio libre queda para la acción de los particulares” (Peces-Barba, 1999: 202). En este sentido, el Estado de derecho moderno emerge como organización jurídico-política que pretende limitar el gobierno monárquico absoluto, surge como sustituto del Estado absolutista.

Puede llamarse “de derecho” el Estado que se somete al derecho, a su propio derecho. Si el Estado, generador de derecho, no se somete a su propia creación, no es un Estado de derecho. Por esa razón, “no todo Estado es Estado de derecho” (Díaz Elías, 2004: 63).

La idea de la autoobligación del Estado respecto a su derecho ha desempeñado un papel importantísimo en la formación del constitucionalismo moderno. No solo trata este de contener la omnipotencia del Estado mediante la fijación de normas para la exteriorización de su voluntad, sino que trata de refrenarlo muy especialmente mediante el reconocimiento de los derechos individuales garantizados. Esta garantía consiste en otorgar el carácter de inmutables a los derechos protegidos (Jellinek, 2004: 351).

Se pensó, en tiempos de la Declaración Francesa, que el sometimiento del Estado al Derecho implicaba un progreso importante en la protección de la esfera de libertad individual. Estado de derecho y libertad individual se apreciaron como mutuamente dependientes. La defensa de la libertad se apoyaba en la plasmación del Estado de derecho. En tal virtud, la primera manifestación del Estado de derecho suele llamarse “Estado liberal de derecho” o, simplemente, “Estado liberal” (Bobbio, 2006: 175-175).

En el Estado liberal “la injerencia del poder público está restringida al mínimo posible” (Bobbio, 2009: 113); “libertad en este sentido significa estar libre *de*: que no interfieran en mi actividad más allá de un límite, que es cambiante, pero siempre reconocible” (Berlin, 1993: 196). Según lo explicamos en páginas precedentes, esta concepción “negativa” de la libertad evita ante todo la coacción impuesta por otros seres humanos. En esa medida, el Estado debe abstenerse de intervenir deliberadamente, y evitar que otros lo hagan, en ciertos ámbitos de la vida particular.

El Estado liberal debía, ante todo, proteger los espacios autónomos de actuación y procurar que su interferencia sea mínima: “debe ser un Estado absentista; un Estado que no actúe. Su pasividad es la garantía de que los individuos puedan disfrutar de sus derechos y libertades” (Martínez de Pison, 1998: 26).

Evidentemente, la noción liberal de Estado de derecho implicó un avance social significativo por cuanto se empiezan a diseñar mecanismos de reconocimiento y tutela de los derechos individuales fundamentados en el sometimiento de la autoridad al orden jurídico (Habermas, 2012: 19). Sin embargo, de acuerdo a lo expresado en el primer acápite, especialmente por las negativas consecuencias de la Revolución Industrial, los presupuestos filosófico-políticos del Estado liberal se revelaron insuficientes para garantizar adecuadamente los derechos fundamentales conquistados.

El Estado de derecho es, así, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades y que, a su vez, al ampliar el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad; y ello, en forma tanto de positiva intervención en los asuntos públicos como de negativa no interferencia de los demás (Díaz, Elías, 2004: 64).

El Estado liberal, protector de las “libertades negativas” (no interferencia), no podía garantizar la “libertad positiva”, la libertad de “concebir fines y medios propios y realizarlos” (Berlín, 1993: 201). En los hechos concretos, no existían las condiciones sociales y materiales que permitan un efectivo goce de la libertad positiva. No bastaba la no intervención para precautelar la libertad; las personas no podían ejercerla plenamente, positivamente, por carencia de medios físicos o recursos internos (Habermas, 2012: 19). Los individuos no se hallaban en iguales situaciones y esto impedía que todos disfrutaran plenamente de la anhelada libertad; las desigualdades educativas, económicas y sociales generaban barreras que imposibilitaban su completo goce. El no- intervencionismo del Estado liberal de derecho “no podía satisfacer las exigencias de libertad e igualdad reales de los sectores social y económicamente más deprimidos” (Pérez Luño, 2010: 229).

Constatados así los déficits del Estado liberal, se necesitaba un nuevo modelo de Estado de derecho que corrija sus disfunciones. Se requería un Estado de derecho que se ocupe de la “cuestión social”, un Estado que favorezca el logro de la “libertad positiva” garantizando nuevos derechos que complementen a los “civiles y políticos” de primera generación; “una nueva categoría de derechos fundamentales que fundasen pretensiones a recibir prestaciones que representasen una distribución más justa de la riqueza socialmente producida” (Habermas, 2010: 484-485).

El nuevo Estado de derecho demandado empieza a plasmarse a través de una progresiva constitucionalización de los derechos económicos y sociales. Si bien estos reconocen escuetamente, el proceso significó “el gran salto al Estado social” (Ávila, 2011: 70).

3. Estado Social y garantía de los derechos sociales fundamentales.

Esta justiciabilidad plena, a la que se acogen también otras normas constitucionales, es uno de los tesoros de la Constitución. Quien pretenda escribir en la Constitución ideales políticos no justiciables, debe ser consciente de lo que se juega. Con una sola disposición en la Constitución no controlable se abre el camino para la pérdida de su obligatoriedad. (Alexy, 2009: 33).

Las luchas reivindicatorias por el derecho al trabajo a mediados del siglo XIX marcaron el inicio del progresivo reconocimiento de los derechos sociales. Su incorporación a las

constituciones de algunos países se evidencia claramente a finales del mismo siglo y “se estabiliza tras la segunda posguerra del siglo XX” (Pisarello, 2007: 20). No obstante su importante reconocimiento constitucional, el Estado Social “no produce una estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales” (Ferrajoli, 2003: 12).

Efectivamente, debió dotarse a los nuevos derechos constitucionalizados de adecuados mecanismos de protección y exigibilidad que garanticen su plena eficacia. De acuerdo a Ferrajoli, garantía “es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” (Ferrajoli, 2010: 60). Siguiendo a Storini, los mecanismos de garantía pueden clasificarse en dos grandes grupos: 1) Garantías genéricas, abstractas o normativas; su finalidad esencial es la adecuación al contenido de los derechos fundamentales de las normas de rango inferior a la Constitución. 2) Garantías reactivas o jurisdiccionales; que deben ofrecerse a los ciudadanos para obtener una reparación o restablecimiento de un derecho eventualmente vulnerado (Storini, 2009: 289).

Varios argumentos se esgrimieron para no configurar un sistema de garantías equivalente al del constitucionalismo liberal, entre ellos el que los derechos sociales exigen al Estado obligaciones *de hacer*, de cumplir con prestaciones que se encuentran supeditadas a la disponibilidad de recursos económicos. Se decía, además, que esto no sucede con los derechos civiles y políticos que demandan del Estado únicamente obligaciones negativas *de no hacer*, *de no interferir*, que no generan gasto. Defensores de los derechos sociales consideraron falaz este argumento “liberal” porque, también, el ejercicio de las libertades individuales y comerciales exige del Estado una “serie de obligaciones positivas vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa” (Abramovich y Courtis, 2002: 23). Del mismo modo, en ocasiones, la garantía de los derechos sociales depende de obligaciones negativas o abstenciones estatales: “Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes (...)” (Abramovich y Courtis, 2002: 41). Ciertamente, la faceta más visible de los derechos sociales son las obligaciones *de hacer*, por esta razón algunos autores los denominan “derechos prestacionales”. Sin embargo, las garantías de los

derechos civiles y políticos comporta un buen número de deberes *de hacer* o prestacionales. Por ejemplo, el derecho a la propiedad:

(...) no solo encierra, como pretende la imagen liberal clásica, la ausencia de interferencias arbitrarias, sino un sinnúmero de prestaciones públicas, con frecuencia costosas. Desde la creación de registros de la propiedad de diverso tipo (automotora, inmobiliaria, etc.), hasta la financiación de juzgados, funcionarios y fuerzas de seguridad que puedan garantizar los contratos en los que la propiedad está en juego (Pisarello, 2007: 60).

En efecto, prestaciones estatales, a veces muy costosas, posibilitan la vigencia de los derechos civiles y políticos; garantizan, de alguna forma, “la riqueza privada” (Holmes y Sunstein, 2011: 48). La satisfacción de todos los derechos, en mayor o menor medida, conlleva algún tipo de prestación estatal. “Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales” (Abramovich y Curtis, 2002: 24). Al parecer, según lo analizaremos posteriormente, el énfasis que los Estados ponen en la concreción de algún derecho está sujeto a criterios políticos y cálculos de retorno a corto, mediano y largo plazo que realizan gobiernos y sociedades. “Los contribuyentes invierten de manera más o menos voluntaria en educación, al igual que lo hacen en protección policial, porque creen que a largo plazo las dos cosas compensan” (Holmes y Sunstein, 2011: 232-233).

No existen los “derechos gratuitos”, todos los derechos, civiles y sociales, requieren prestaciones estatales, más o menos costosas de acuerdo al contexto social y económico. “Gastos militares, mantenimiento de la policía, construcción de cárceles y todo lo demás deben estar sujetos a una evaluación similar, no sólo el financiamiento de la ayuda a los desempleados, a los enfermos y a los pobres” (Sen, 2000: 78).

Por todo lo expuesto, la frontera marcada por la doctrina “conservadora-liberal” (Nino, 2007: 314-315) entre “derechos liberales gratuitos” y “derechos sociales costosos” (Carbonell, 2009: 190) ha ido desvaneciéndose. Paulatinamente, la tesis de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos es mejor comprendida por los Estados y defendida frontalmente por pensadores o grupos organizados de países en que las desigualdades materiales son muy evidentes (Santos, B. de Sousa, 2010: 81-83). Incluso, el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos, ya fue establecido por la Declaración y Programa de Viena en 1993:

Punto 1.5 Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Todo lo antes dicho no pretende sostener que los derechos sociales no contengan un fuerte componente prestacional. Incluso este hecho es aceptado por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es pertinente, en este sentido, la aclaración efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el punto N-9 de su Observación General N-3:

El concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los DESC generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo (...) Se trata 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 DESC (...)

No obstante las precisiones y aclaraciones, de diversos autores e instrumentos internacionales, la tradición jurídica liberal y parte de la cultura politológica y económica mundial insiste en no considerar los DESC como plenos derechos (Ferrajoli, 2002: 9) y por lo mismo no exigibles y justiciables. Los argumentos que formulan para no asumirlos como derechos justiciables son los expuestos en este acápite, según Ferrajoli “son siempre los mismos” y demuestran “el prejuicio ideológico que les subyace: la idea paleo-liberal del Estado mínimo, que se presenta como garante del orden público interno y de la defensa exterior” (Ferrajoli, 2002: 9-10).

Quizá dicha oposición “conservadora- liberal” a los derechos sociales sea la causa que explique el escaso desarrollo de sus garantías jurisdiccionales a contracorriente de su amplia consagración de las Constituciones de numerosos países. Esta realidad es recurrente en los mismos, autodenominados, Estados Sociales. Dichos Estados han procurado importantes prestaciones positivas a los ciudadanos, sin embargo, no han desarrollado para los derechos sociales “técnicas de defensa y de protección jurisdiccional parangonables a las previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad” (Ferrajoli, 2009: 863). Así, mientras el cumplimiento

de los derechos sociales y políticos puede ser exigido directamente ante los tribunales, la satisfacción de los DESC no puede ser demandada por vía judicial y “aparece inevitablemente supeditada a la previa interposición legislativa y administrativa” (Pisarello, 2003: 28).

La construcción del Estado Social tradicional, en consecuencia, profundiza, en lo que a derechos sociales se refiere, el positivismo legalista afincado en la idea de un poder legislativo (y cada vez más ejecutivo) políticamente omnipotente, con facultades prácticamente incontroladas de gobernar, en su calidad de señor absoluto del derecho, las condiciones de oportunidad para el desarrollo del contenido de las normas constitucionales de carácter social (Pisarello, 2003: 28).

El Estado Social tradicional no supera el legi-centrismo del viejo Estado liberal de derecho; continúa, en su estructura, como Estado legislativo de derecho “con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo” (Ferrajoli, 2009: 16). En el “Estado legal” la efectiva realización de los derechos sociales depende, todavía, de la “voluntad” del legislador o de “intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático” (Ferrajoli, 2009: 23). Esto genera una contradicción en el sistema de garantías de derechos fundamentales que debe amparar a todos los ciudadanos. No cabe establecer status diferentes para los derechos fundamentales con el pretexto de su carga prestacional. Como quedó explicado, ambas generaciones de derechos exigen prestaciones y abstenciones estatales. En definitiva, en cuanto a garantías de derechos fundamentales, el Estado (legislativo) Social de derecho no fue coherente con sus postulados. En consecuencia, se tornó imprescindible avanzar hacia un nuevo modelo de Estado de derecho que garantice de mejor forma todos los derechos fundamentales.

4. Del “Estado Legislativo Social” al Estado Constitucional de Derecho.

Esto ha sido criticado por algunos como una “constitucionalización del Derecho en su totalidad” (Vergrundrechtlichung des gesamten Rechts); otros en cambio lo han celebrado como la realización plena de los derechos fundamentales (Alexy, 2009: 34).

Desde su concepción liberal originaria, la Constitución fue concebida para limitar el poder y garantizar derechos (Bobbio, 2006: 138-139). El artículo 16 de la Declaración

francesa así lo explicitó: “Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución.” Sin negar esta primera noción constitucional, modernamente el término Constitución es, además, “usado para designar el conjunto de las normas ‘fundamentales’ que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico” (Guastini, 2007: 17). En esta misma línea expositiva, actualmente el constitucionalismo es definido como:

(...) un sistema de vínculos sustanciales, o sea, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellos establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo (Ferrajoli, 2007: 71).

Conforme a estas ideas, en estricto sentido, la completa adhesión al constitucionalismo implica la garantía plena de todos los derechos fundamentales. Sin embargo, de igual manera que el derecho liberal, el “Estado Legislativo Social” no concede a los derechos sociales “el status de verdaderos derechos subjetivos” (Pisarello, 2003: 28). Esto significa que no se reconoce a las personas la expectativa de que otros hagan o dejen de hacer algo para satisfacerlo.

Precisamente uno de los rasgos que caracteriza un derecho subjetivo es la posibilidad de dirigir un reclamo - que puede denominarse demanda, denuncia o queja - para que una autoridad independiente – habitualmente un juez - haga cumplir la obligación o imponga reparaciones o sanciones por su incumplimiento. Este rasgo se denomina justiciabilidad o exigibilidad judicial, y supone una técnica de garantía de cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del derecho de que se trate (Pisarello, 2007: 88).

Evidentemente, la no justiciabilidad de los derechos sociales es incompatible con el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Como se ha dicho anteriormente, la garantía de todos los derechos fundamentales comporta las obligaciones positivas (de hacer) y negativas (de no hacer) de los Estados. En este sentido, todos los DESC tienen alguna dimensión justiciable por el incumplimiento de obligaciones negativas. Son las obligaciones positivas las que suscitan aún enconadas controversias, no obstante, como bien lo señaló Ferrajoli, únicamente son rezagos de la mentalidad paleo-liberal del Estado mínimo que pervivieron en el Estado Social. Lamentablemente, el Estado Social tradicional limitó la justiciabilidad de los DESC por las dificultades prácticas de su concreción. Se produjo así una división forzada entre

derechos sociales y derechos liberales. De este modo, lo que suele presentarse como dificultades de justiciabilidad “generalmente no es tal cosa, sino un problema de costes económicos, de elecciones políticas sobre la distribución de recursos (...) no se debe confundir las dificultades fácticas con las jurídicas” (Prieto Sanchís, 2009: 51).

Los DESC en el “Estado Legislativo Social” son derechos deficientemente garantizados, sin embargo, no por ello inexistentes. Se trata simplemente (o complejamente) de un vacío que debe ser llenado ya que “genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas” (Ferrajoli, 2009: 18).

Desde una visión ideal y libertaria constitucionalista democrática es inadmisibles la no garantía de los derechos fundamentales. Justamente, son los derechos que el constitucionalismo originario pretendía proteger. Todos los poderes, incluido el legislativo, debían estar “vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2009: 13-14).

El logro de una democracia real depende, ineludiblemente, de la eficaz garantía de los derechos fundamentales. Desafortunadamente, concepciones excesivamente formalistas de la democracia se alejaron de este postulado constitucionalista democrático.

Todo esto justifica una redefinición del concepto de ‘democracia’. Llamaré *democracia sustancial o social* al ‘Estado de derecho’ dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y *democracia formal o política* al ‘Estado representativo, es decir, basado en el principio de mayorías como fuente de legalidad’ (Ferrajoli, 2009: 864).

Siguiendo a Ferrajoli, el sistema de prohibiciones y obligaciones, impuesto por las cartas constitucionales, somete todos los poderes a los derechos fundamentales. Por tanto, la “constitucionalización de la democracia” es, de cierta forma, el requisito esencial para la plasmación de la *democracia sustancial o social*. “El resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia, el *Estado constitucional de derecho*” (Ferrajoli, 2007: 71).

Para que pueda darse el proceso de constitucionalización del derecho y la democracia, según Guastini, son necesarias las siguientes condiciones:

- a) *Constitución Rígida*. Significa que las normas constitucionales sólo pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas mediante un procedimiento especial más complejo que el de formación de leyes (Guastini, 2009: 50-51);
- b) *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Esto es, la presencia de controles sobre la conformidad de las leyes con la Constitución (Guastini, 2009: 51);
- c) *La fuerza vinculante de la Constitución*. En el “Estado legislativo de derecho” las Constituciones se asemejan a “manifiestos políticos” cuya concretización es tarea del legislador. Los tribunales, en consecuencia, aplican las normas legales y no las Constitucionales.

En el “Estado constitucional de derecho” todas las normas constitucionales son vinculantes y susceptibles de producir efectos jurídicos, es decir, pueden y deben ser aplicadas por los jueces (Guastini, 2009: 53);

- d) *La “sobreinterpretación” de la Constitución*. Toda Constitución puede ser interpretada restrictivamente (literalmente) o extensivamente. Al hacerlo literalmente, aparentemente existen muchos vacíos o asuntos sin regular. Por el contrario, el interpretarla extensivamente (o sobreinterpretarla) aparecen normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. Esto es parte de la Constitución entendida como vinculante (Guastini, 2009: 54-55);
- e) *La aplicación directa de las normas constitucionales*. Implica que la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para todos y en cualquier controversia (entre particulares o frente al Estado) (Guastini, 2009: 55-56);
- f) *La interpretación conforme de las leyes*. Esta es aquella que adecua la ley con la Constitución (Guastini, 2009: 57);
- g) *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*. Para resolver en órganos jurisdiccionales conflictos políticos o cuando las normas constitucionales son usadas en la argumentación política (Guastini, 2009: 57-58).

Constitucionalizar el derecho y la democracia posibilitaría, según Ferrajoli, promover e instrumentar el “garantismo” de los derechos fundamentales.

Ferrajoli utiliza el término ‘garantismo’ bajo tres acepciones: en la primera designa un *modelo normativo de derecho* (el modelo del Estado de derecho); en la segunda el garantismo es una *teoría jurídica* (la del iuspositivismo crítico como opuesta al iuspositivismo dogmático); y en la tercera el garantismo es una *filosofía política* (la que funda el Estado en el reconocimiento y la protección de los derechos) (Gascón, 2009: 22).

Para Prieto Sanchís es pertinente afirmar que el Estado Constitucional de Derecho es “el único marco institucional en el que puede prosperar el ambicioso programa garantista” (Prieto Sanchís, 2009: 41). En el Estado Constitucional los derechos fundamentales “exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que *inunda, impregna e irradia* sobre el conjunto del sistema” (Prieto Sanchís, 2007: 216). De esta forma, el constitucionalismo garantista señala límites al accionar del poder estatal, planteando, además, el desafío de expresar su contenido esencial en todas las normas y políticas que rigen la vida en común de una sociedad, en la construcción de un Estado incluyente y, por este hecho, legítimo a la luz de estos principios. En este sentido, en el Estado Constitucional de derecho, la formulación de normas y políticas públicas destinadas a garantizar derechos fundamentales no son “opciones de gobierno”, sino mandatos constitucionales cuyo cumplimiento puede ser exigido por vía judicial.

En Ecuador, y en otros países, la democracia constitucional es un concepto emergente y- parafraseando a Ferrajoli- un programa normativo para el futuro:

(...) es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: antes que nada hacia la garantía de todos los derechos, no solamente de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar frente a todos los poderes, no sólo los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional (Ferrajoli, 2007: 72-73).

5. Estado Constitucional de Derecho(s) y Políticas Públicas.

Aunque no siempre con un significado perfectamente coincidente, es indudable que en la ciencia constitucional actual el lenguaje de los derechos ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta el punto es así que, para establecer una diferencia con el “Estado de derecho” decimonónico, hoy se habla a veces de “Estado de derechos” (Zagrebelky, 2009: 65).

Inicialmente asumida, la constitucionalización de los derechos fundamentales significó un giro paradigmático en las relaciones de los individuos con el Estado: los “deberes hacia” el Estado se transformaron en “deberes del” Estado y, por ende, en derechos de los ciudadanos. Las mismas relaciones entre individuos empezaron a ser observadas desde el punto de vista de los derechos y no de los deberes. Se trató, según Bobbio, “si bien en otro contexto, de una verdadera y propia revolución copernicana, entendida como inversión del punto de observación” (Bobbio, 2009: 512).

La relación entre individuos y Estado se invierte y como consecuencia de ella también cambia la primacía de los deberes sobre los derechos.

Si primero viene la persona, entonces también vendrán primero sus derechos, que deben ser anteriores e incondicionales con respecto a sus deberes. Estos últimos, más bien, quedan en términos generales asignados al Estado (Carbonell, 2013: 24).

Precisamente, esta motivación esencial y “revolucionaria” del primer constitucionalismo histórico, pretende renovarse y fortalecerse en el Estado Constitucional de Derechos. Por así decirlo, el Estado se somete al derecho y el derecho se somete a los derechos de las personas; “decir que el Estado es de derechos, significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley” (Ávila, 2011: 136).

La centralidad de los derechos en el Estado de Derechos implica que “el fin del Estado es el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos constitucionalmente establecidos” (Ávila, 2011: 135). De esta manera, el Estado de Derechos reafirma la función garantista del Estado Constitucional:

Todo el Estado es garante de los derechos: la Constitución ecuatoriana supera la visión reduccionista de que solo las garantías son jurisdiccionales y, entre estas, que son cautelares o residuales. La Constitución de 2008 asume que las funciones normativas, políticas y jurisdiccionales son garantías para viabilizar, promover y respetar el ejercicio de derechos de las personas (Ávila, 2011: 142).

En este sentido, el objetivo garantista de la Constitución ecuatoriana coincide con el ideal de la “democracia sustancial” en tanto dispone “la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos” (Ferrajoli, 2009: 856-857).

En el Estado de derecho, el contenido esencial de los derechos fundamentales se expresaba y desarrollaba únicamente a través de la producción legislativa, es decir, otros poderes estatales aplicaban los derechos de modo indirecto. En el Estado de Derechos todos los poderes públicos, por ser el motivo y centro de su actividad, aplican y garantizan derechos fundamentales. De este hecho se derivan importantes consecuencias para la plena eficacia de los derechos fundamentales ya que no es necesaria la, con frecuencia, lenta y conflictiva promulgación de leyes para su reconocimiento real. Es decir, si oportunamente el legislador no reforma o crea leyes que garanticen derechos fundamentales, estos deben ser considerados y efectivizados por todos los servidores públicos administrativos y judiciales, como deber inherente a sus funciones o por solicitud ciudadana (Storini, 2009: 297- 298). Así lo determina el artículo 11, numeral 3, de la Constitución ecuatoriana:

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 (Constitución del Ecuador, 2008).

Cambió, de esta manera, la lógica de la acción estatal *legi-céntrica*. Todos los poderes públicos, aún sin desarrollo legislativo sobre el tema, están obligados a respetar, proteger y promover la vigencia de los derechos fundamentales. Por tanto, en esa medida, los derechos son límites y objetivos de toda actividad estatal. Por ello, según Ramiro Ávila, en la Constitución “no es casual que las garantías sean de políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales” (Ávila, 2011: 135).

En efecto, el diseño constitucional de Montecristi establece en el artículo 85 que: “las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos.” Si esto 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 (Ávila, 2012: 17).

6. Políticas Públicas y garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

Tras la bancarrota del socialismo de Estado, esta perspectiva ha quedado incluso como la única posible: la masa de la población debe mantener la oportunidad de vivir con expectativas fundadas de seguridad, justicia social y bienestar; completando el “estatus” de trabajador asalariado dependiente mediante los derechos sociales de prestación y los derechos políticos de participación (Habermas, 1999: 190).

A partir de una revisión de la literatura especializada, es posible constatar que existen diversos acercamientos al concepto de política pública. No obstante las diferentes nociones, también es factible precisar algunos elementos comunes a las mismas, a saber: a) Implicación del gobierno; b) Percepción de problemas; c) Definiciones de objetivos y d) Procesos (Roth, 2012: 27). En consecuencia, en esta misma línea de reflexión, se determina que una política pública está en marcha cuando instituciones u organizaciones estatales “asumen total o parcialmente la tarea de alcanzar objetivos estimados como deseables o necesarios, por medio de un proceso destinado a cambiar un estado de las cosas percibido como problemático” (Roth, 2012: 27). La intervención estatal es, por ende, el criterio que distingue a las políticas públicas de otras acciones dirigidas, también, a resolver problemas públicos. “De modo que toda política pública es una acción pública, pero no toda acción pública es una política pública” (Roth, 2008: 102).

De acuerdo a esta precisión, afirmar que las políticas públicas garantizan derechos implica sostener que el Estado debe intervenir creando las condiciones para alcanzar de forma progresiva su ejercicio efectivo. En tal virtud, toda política pública debe identificar déficits de cumplimiento y al hacerlo asume el derecho insatisfecho o vulnerado como el núcleo esencial del problema social percibido; la intervención estatal se concibe así como un proceso de expansión de opciones de goce pleno de los derechos fundamentales. De no existir las condiciones fácticas para su realización inmediata, el Estado debe por lo menos tener una política pública para hacerlo alcanzable. Según Amartya Sen esto constituye un Meta-derecho ciudadano: el derecho a exigir políticas claras y pertinentes para la concreción de los derechos fundamentales. “Un metaderecho a algo X puede ser definido como el derecho a tener políticas P(X) que

persigan genuinamente el objetivo de hacer realizable el derecho X...Propongo llamar al derecho a P(X) un metaderecho a X” (Sen, 2002: 15).

Incluso en el caso de los DESC la obligación estatal de garantizarlos ha sido contraída por la suscripción de tratados internacionales de Derechos humanos. De hecho, esta particularidad los identifica y los diferencia (en cuanto a obligaciones internacionales contraídas por los Estados) de la denominación genérica de “derechos sociales” (Abramovich y Courtis, 2002: 120). Así, en tanto derechos del derecho internacional de los derechos humanos, el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados deben: “implementar en un plazo razonablemente breve actos concretos, deliberados, orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones” (Obligación General N-3 punto 2).

Si bien se reconocen los múltiples obstáculos inherentes a la materialización de los derechos, los Estados deben demostrar a través de sus políticas públicas la “voluntad positiva” de avanzar hacia el cumplimiento cabal de sus obligaciones. En este sentido, en la práctica, siempre está presente la necesidad de conocer con certeza la distancia entre el carácter general o abstracto de la norma y la realidad de su aplicación. Para hacerlo se torna imprescindible utilizar un sistema de indicadores que permitan identificar la distancia entre el estándar o meta deseable y la situación en los hechos concretos. A partir de tal constatación se ponderará si las distancias están o no disminuyendo. Si los resultados de la medición revelan estancamiento o, quizá, retroceso en el cumplimiento del derecho, deberán ajustarse las políticas públicas. Si, por el contrario, los resultados son positivos, será prudente mantener la orientación de la gestión estatal. Una política pública, con todas sus dimensiones y recursos, puede convertirse en poderosa herramienta de plasmación de derechos si continuamente es evaluada, en todas sus fases, mediante el adecuado empleo de indicadores. En tal virtud, esta investigación intentará, también, esclarecer como el uso de indicadores para monitorear el cumplimiento de los estándares de derechos humanos puede tener utilidad práctica en la construcción de políticas públicas.

7. Bloque de constitucionalidad, instrumentos internacionales y políticas públicas.

Significa ante todo reconocer el carácter supraestatal de los derechos fundamentales y en consecuencia desarrollar, en sede internacional, garantías idóneas para tutelarlos y satisfacerlos aun contra o sin sus Estados (Ferrajoli, 2010: 38).

La noción de “Bloque de Constitucionalidad” surgió en Francia (1971) como un esfuerzo de desarrollo jurídico doctrinal del Consejo Constitucional Francés que esclareció y determinó el rango constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y de la Declaración de los derechos del hombre de 1789 (Colmenares, 2005: 167). “La motivación de esta decisión fue clara: establecer en forma diáfana la naturaleza y fuerza constitucional de los derechos fundamentales no incluidos de manera expresa en la Constitución francesa vigente” (Caicedo, 2009: 7). Se trata de un avance doctrinario “en permanente construcción y existen plurales nociones del bloque acorde a las características propias del ordenamiento jurídico de cada país” (Estrada, 2011: 89). El concepto llegó a Latinoamérica en la década de los noventa “siendo Colombia su primer y principal precursor” (Caicedo, 2009: 8) cuando la Constitución de 1991 reconoce “la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno” (Colmenares, 2005: 168).

Esta amplia apertura al derecho internacional de los derechos humanos permitió que la Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias, y en abierto contraste con la jurisprudencia preconstituyente, utilizara vigorosamente los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones. Así, poco a poco, y aunque no utilice la expresión, la Corte recurre a la idea del bloque de constitucionalidad, pues considera que muchas normas que no se encuentran directamente en el articulado constitucional- en especial las disposiciones internacionales de derechos humanos- tienen sin embargo relevancia constitucional al momento de decidir los casos (Uprimny, 2008:45).

La jurisprudencia ecuatoriana se aproxima por primera ocasión al bloque de constitucionalidad en 2004 al concluir en la Resolución 001-2004-DI del Tribunal Constitucional que “no es suficiente defender solamente la Constitución, sino también los instrumentos internacionales que la integran, lo que constituye el bloque de constitucionalidad.”

En el marco de la Constitución de 2008, la Corte Constitucional del Ecuador se refiere por primera vez al bloque de constitucionalidad en la Sentencia 0001-0009-SIS:

Una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos las supraleales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Constitución escrita.

Patricio Pazmiño, Presidente de la Corte Constitucional ecuatoriana, propone la siguiente definición de bloque de constitucionalidad:

(...) el conjunto de normas, principios y valores aplicados en el ordenamiento jurídico nacional o internacional, siempre que este último garantice ser, explícitamente, más favorable que los derechos consagrados en la propia Constitución nacional, para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes sometidas a control, de guía para la interpretación de normas dentro de la legislación interna de los Estados, la determinación de competencias de los órganos o comunidades que lo conforman y para ejercer el control a los actos del poder público y garantizar su eficacia jurídica (Pazmiño, 2010:141).

Según el constitucionalista Agustín Grijalva, en Ecuador la Constitución otorga rango constitucional “a normas fuera de su texto, como en el caso de tratados internacionales de derechos humanos, que integran el llamado bloque de constitucionalidad” (Grijalva, 2013: 78).

Por el propósito de la presente investigación, es pertinente insistir en lo expuesto por Grijalva, ya que, al abarcar los instrumentos internacionales de derechos humanos, el bloque de constitucionalidad amplía las fuentes del derecho para garantizar mejor la vigencia de los derechos fundamentales a través de su interpretación más favorable, es decir, si existen instrumentos de derechos que contengan un estándar de protección mayor al nacional, estos prevalecen. Sin duda esto muestra total concordancia con la propuesta garantista del Estado Constitucional de Derechos y los postulados de la democracia sustancial. Sobre el tema, la Constitución ecuatoriana es sumamente clara y directa:

Art. 424.- (...) La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre toda norma jurídica o acto del poder público.”

Art. 426.- (...) Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicaran 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 (Constitución del Ecuador, 2008).

Del mismo modo, otros artículos de la Constitución de 2008 se refieren expresamente a la fuerza jurídica interna de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, el artículo 3 establece como deber primordial del Estado la garantía de los derechos determinados en la Constitución y “*en los instrumentos internacionales*”. “En este sentido, el art.10 señala también que “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y *en los instrumentos internacionales*.”. Del mismo modo, el art.11 N-3, al respecto dice: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y *en los instrumentos internacionales de derechos humanos* serán de directa e inmediata aplicación (...). En el art.41. “Se reconoce los derechos de asilo y refugio de acuerdo con la ley y *los instrumentos internacionales de derechos humanos*. El art. 57 dispone garantizar derechos colectivos conforme a los “*instrumentos internacionales de derechos humanos*”. Así mismo, el art.58 reconoce al pueblo afroecuatoriano los derechos contenidos en “*los instrumentos internacionales de derechos humanos*”. Acerca de la justicia indígena, el art. 171 dispone que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales conforme a los derechos constitucionales y “*a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales*”. “Sobre los principios que deben guiar la actuación de juezas y jueces, art. 172 expresamente señala que se administrará justicia “con sujeción a la Constitución, *a los instrumentos internacionales de derechos humanos* y a la ley.”

Es importante señalar que, según Ramiro Ávila, con el objetivo de ampliar el espectro de protección de los derechos, el texto constitucional intencionalmente no emplea las palabras “convenios” o “tratados” porque los instrumentos incluyen, además, “resoluciones y sentencias de organismos internacionales y hasta declaraciones de Conferencias internacionales que contengan derechos o desarrollen el contenido de ellos”(Ávila, 2011: 63).

Como se ha explicado, la protección y promoción de un bien de interés público, mediante “acciones decididas, llevadas a cabo o autorizadas por el Estado” (Roth, 2008, 104), constituye el núcleo distintivo de toda política pública. En tal virtud, si un Estado reconoce que la garantía de los derechos humanos es de interés público “está en la obligación de intervenir para promoverlos, protegerlos y restablecerlos en caso de violación” (Roth, 2008: 104). Para el propósito, el Estado dispone:

(...) en particular con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, de una carta de navegación. Las acciones públicas, estatales y no estatales, deberían dirigirse a lograr sus propósitos (...) la formulación y la implementación de las políticas públicas deberían estar diseñadas en función de su utilidad para acercar a la sociedad a estos objetivos: es decir, desde un enfoque de derechos (Roth, 2008:104).

Desde este enfoque, los instrumentos internacionales de derechos humanos se convierten en “marcos conceptuales” para orientar las políticas públicas (Abramovich, 2006: 36).

Esto significa que se encuentra definido con mayor precisión no sólo aquello que el Estado no debe hacer a fin de evitar violaciones de derechos, sino también aquello que si debe, a fin de lograr la plena realización de los derechos civiles y políticos (DCP) y también los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) (Arcidiácono, 2009:198).

Las obligaciones en materia de derechos humanos, voluntariamente contraídas al firmar y ratificar los tratados internacionales, se transforman de esta manera en estándares que sirven de marco a las políticas que cada Estado define:

Implica una mirada diferente de ingeniería institucional de la política pública; es un sistema integral y estructurado por principios reglas y estándares de derechos humanos que opera en términos de otorgar efectividad a las medidas comprometidas por los Estados a nivel internacional y que además fija estándares específicos que son aplicables a los sistemas internos de cada uno de los países (Arcidiácono, 2009: 218).

Es pertinente aclarar que dichos estándares no deben ser interpretados como limitaciones al margen de acción gubernamental. Generalmente son:

(...) tipos de obligaciones que si bien constituyen una orientación, un camino que debe transitarse, un marco para las definiciones, dejan al Estado o a los sujetos obligados un amplio espacio de discrecionalidad para elegir las medidas específicas destinadas a hacer efectivos esos derechos (Abramovich, 2006:41).

No obstante esta precisión, cabe destacar que los Estados si adquieren responsabilidades formales inmediatas concebidas para monitorear el cumplimiento progresivo de los derechos humanos. En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos ha impuesto a los Estados el deber de revelar información y garantizar el acceso a ella en las diversas áreas de su gestión pues constituye “una herramienta imprescindible para

hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas” (Abramovich y Courtis, 2003: 336). “Esta información, debe partir de los estándares de derechos humanos y, para ello, es preciso que sea recogida a partir de indicadores expresamente diseñados con enfoque de DH” (González Plessman, 2009: 180).

El empleo del enfoque de derechos tiene, además, el valor añadido implícito de recordarnos que “los derechos humanos, surgieron, principalmente, como demandas societales o demandas ciudadanas” (Guendel, 2008: 57). Para la construcción de políticas públicas esto implica que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades “que reciben beneficios asistenciales o prestaciones discrecionales, sino de titulares de derechos que tienen el poder jurídico y social de exigir al Estado ciertos comportamientos” (Abramovich, 2006: 40). En cierto sentido, asumir los derechos humanos como marco conceptual de las políticas públicas “representa una toma de posición en relación con el bienestar, la autodeterminación, y la incidencia de la ciudadanía en *la cosa pública*.” (Guendel, 2008: 57).

El espacio para la construcción de políticas públicas debe ser lugar de diálogo y ciudadanía activa, de participación para expresar intereses e ideas, debatir posiciones, alcanzar metas, proponer alternativas y plantear soluciones a los problemas comunes. El proceso de involucramiento ciudadano en las instancias decisorias refuerza la calidad de la democracia: los ciudadanos deliberan sobre sus derechos para así lograr una coordinación creativa entre discrepantes.

Quando se vindica un derecho se concita la urgencia de un acuerdo social de reconocimiento y de cohesión, en razón de que un poder de la sociedad está siendo disminuido y está generando problemas de exclusión y desintegración social. Este poder se afirma y exige que la organización social lo incorpore (...) Los demandantes al reconocimiento de los derechos no proponen la aniquilación del otro (el resto de la sociedad), sino su reconocimiento y su incorporación en idénticos términos que los demás a la sociedad (Guendel, 2008:59).

De este modo la participación ciudadana en la esfera pública demandando sus derechos es un aspecto esencial de la democracia por cuanto expresa y restaura el poder ciudadano “en este sentido puede ser una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones marcadamente dispares” (Abramovich, 2006: 41).

Por otra parte, la reivindicación de derechos abre espacios de deliberación sobre los asuntos públicos que contribuyen a renovar la vivencia democrática ciudadana. Así entendida la deliberación, incorpora al espacio público democrático la diversidad ideológica, cultural y social. “Esta diversidad de puntos de vista es inevitable en una sociedad plural, pero también es necesaria para la vitalidad de un sistema de gobierno que se rige por la discusión” (Majone, 2005: 44).

Precisamente una de las críticas más frecuentes al “campo político” (Bordieu, 2001) es su pretensión de reducir el accionar democrático únicamente al ejercicio del sufragio. Por una comprensión limitada y limitante de la democracia que restringe el concepto de la política a la lucha por el poder entendido, a su vez, como el logro de la representación a través de las elecciones, muchos políticos no comprendieron que el conocimiento de la totalidad social precisa de la totalidad, no de unos cuantos: la política democrática, justamente, consiste en preocuparse por lo que todo el mundo piensa (Latour, 2001: 258-318). De hecho, como lo señala André Roth:

Debido a la pérdida de centralidad de los partidos políticos y del debilitamiento de la democracia representativa, el escenario decisivo de la política parece haberse desplazado hacia las políticas públicas, y en particular en la valoración de sus resultados y efectos. Las políticas públicas son la concreción de ideas y valores. Un síntoma de este desplazamiento, de esta pérdida de centralidad del sistema político tradicional y nacional, se evidencia en la intervención creciente de las instancias judiciales, de los tribunales, en el ámbito de las políticas públicas (...) (Roth, 2010:51-52).

Efectivamente, en la sociedad contemporánea cada vez más diversa y plural, los asuntos públicos se tornan, también, cada vez más complejos y, con frecuencia, las instituciones tradicionales de representación política, alejadas de la ciudadanía, ya no son suficientes para resolverlos de manera competente. Como se ha explicado, encontrar soluciones a los nuevos problemas sociales requiere incorporar la pluralidad, implica percibir ideas, intereses y situaciones dentro de múltiples relaciones; es necesario “(re) construir modalidades de deliberación entre partes que sostienen argumentos diferentes para favorecer el descubrimiento de soluciones más satisfactorias, consensuadas e innovadoras” (Roth, 2013: 33).

Las políticas públicas deben su construcción y plasmación a múltiples factores variables y condiciones que requieren ser tomados en cuenta al intentar una

comprensión acabada y auténtica de los problemas que busca resolver. Es pertinente, para el efecto, lograr una integración de experiencias y saberes que permita una visión de la política pública integral y cercana a la realidad social, sujeta al contexto y a las sucesivas interacciones de los actores involucrados. Se trata, en definitiva, de avanzar hacia lo que Kooiman llama “gobernanza sociopolítica o gobernanza interactiva, fundada sobre interacciones amplias y sistémicas entre aquellos que gobiernan y los que son gobernados, y esto se aplica tanto a las interacciones público-público como a las interacciones público-privado” (Kooiman, 2005: 61).

Para lograr tal avance debe comprenderse y aceptarse “que el interés público ya no se encuentra monopolizado e impuesto verticalmente por el Estado, sino que es plural, resultado de un arreglo o de un consenso entre actores tanto públicos como privados” (Roth, 2014: 214-215).

La deliberación social, entendida como un proceso de involucramiento ciudadano en los asuntos públicos, refuerza la calidad de la democracia. Si los ciudadanos deliberan sobre aquellos temas que inciden en su desarrollo, puede alcanzarse una apreciación más completa y compleja de las políticas públicas. La incorporación y procesamiento de la diversidad ideológica, cultural o política constituye una oportunidad para los gobiernos democráticos porque la conducción eficiente de la deliberación ciudadana orienta y viabiliza la búsqueda de soluciones integrales y pertinentes a los problemas sociales.

La nueva gobernanza podría ser vista como una vía para el Estado para desarrollar unos intercambios más continuos con otras fuentes de experiencia y conocimiento. Hay un interés similar entre los actores de la sociedad (por ejemplo, organizaciones en el campo medioambiental o grupos promoviendo asuntos de género) para acercarse al Estado, puesto que les da acceso a los decisores y a los funcionarios. (Peters y Pierre, 2005: 51-52)

El conocimiento de la totalidad social precisa de la totalidad, no de unos cuantos. La política, precisamente, consiste en preocuparse por lo que todo el mundo piensa (Latour, 2001: 258-318). “La solución de un problema es más efectiva cuando existe total coherencia entre los tres conjuntos de actores siguientes: (1) aquellos que producen un problema dado con su conducta, (2) los que se ven afectados negativamente por éste, y (3) los que tratan de resolverlo” (Mayntz, 2001: 6).

En esencia, la “gobernanza interactiva” pretende superar el modelo gubernativo jerárquico-burocrático-unidireccional, “pretende poner punto final a la larga oscura historia de una administración pública sin público, sin ciudadanos deliberantes sobre los asuntos que conciernen a la vida asociada (...)” (Aguilar, 2008: 42).

El aporte del enfoque de gobernanza es importante en nuestras sociedades, puesto que (re) establece la valía y la capacidad de los actores sociales, en tanto que nos lleva a (re) descubrir o reivindicar que en la sociedad latinoamericana contemporánea están presentes agentes con capacidad relativa de autogobierno y autoreproducción (familias, ONG, empresas, organizaciones sociales, iglesias, comunidades locales...), cuyos aportes contribuyen significativamente a la coordinación intrasocietal y cuyas capacidades subutilizadas son superiores en ciertos campos de interés público a las que posee el gobierno (...). (Aguilar, 2008: 78)

La nueva “gobernanza interactiva” exige que los intereses y visiones plurales, a veces discrepantes, presentes en las sociedades contemporáneas sean constantemente tomados en cuenta por los Estados. En cierta forma, la mayor o menor democratización del sistema político y jurídico se mide por su capacidad de canalizar aspiraciones y demandas colectivas. Por tal razón, la deliberación sobre la formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas debe ocupar un lugar muy destacado en el espacio público democrático. Entre más ciudadanos deliberen, mejor representada estará la sociedad. Entre más información relevante aporten los ciudadanos al proceso de toma de decisiones, las mismas serán de mejor calidad. Partiendo de estas consideraciones, las nuevas propuestas políticas-constitucionales buscan ampliar la participación democrática deliberativa a través de un sistema articulado de instancias de intervención de los ciudadanos en las decisiones que les conciernen y en la vigilancia del ejercicio gubernamental. En América Latina, “los cambios constitucionales de la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI permitieron la introducción de la noción de democracia participativa en prácticamente todas las constituciones del continente” (Roth, 2014: 177). Las reformas constitucionales planteadas van desde la configuración de mejores y mayores grados de representatividad en las instituciones formales, hasta la creación de mecanismos de participación directa que complementan la representación electoral. En definitiva, persiguen los cambios, construir nuevos puentes que mantengan abierta la comunicación entre el Estado y la ciudadanía.

En síntesis, para encarar adecuadamente los múltiples problemas públicos, es necesario incorporar a los diversos actores sociales en todo el ciclo de las políticas públicas. Con tal propósito, es indispensable fomentar una intensa actividad asociativa que posibilite la articulación, agrupación y transmisión de las aspiraciones ciudadanas. Esta función es especialmente relevante en el caso de grupos tradicionalmente excluidos como las minorías sociales o culturales: “Eso debería permitir, al final, formular políticas públicas mejores y más legítimas, y tal vez más respetuosas de los derechos de las minorías” (Roth, 2014: 181).

CAPITULO II

LOS DESC EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE 2008: DESDE LA IDEACIÓN (CONSTITUCIÓN DE 2008) A LA PLASMACIÓN (PROCESOS Y RESULTADOS).

1. Antecedentes políticos y sociales

1.1 La Constitución de 1998.

Si bien la Constitución de 1998 define al Ecuador como un Estado Social de Derecho (Art.1), al mismo tiempo restringe el papel regulador del Estado en la economía (Grijalva, 2013: 84) e incorpora normas que abrieron la posibilidad de promulgar leyes para la “institucionalización del neoliberalismo” (Trujillo, 2007: 121). Estas leyes crearon, según el doctor Julio Cesar Trujillo:

(...) una Constitución neoliberal alternativa a la Constitución Política de la República. (...) Pero no sólo las leyes sino también otras fuentes del Derecho ecuatoriano que han dejado a la Constitución, en esta y otras materias, como una Constitución simplemente nominal que no rige, como debe hacer, todo nuestro ordenamiento jurídico: el neoliberalismo ha hecho metástasis en este ordenamiento y no precisamente en la cabeza que es la Constitución (Trujillo, 2007: 121).

La centralidad que la Constitución de 1998 otorgó al mercado en la orientación de la economía (Grijalva, 2013: 84) fue la expresión “de una visión que separó de manera tajante lo económico de lo social, asignando a cada campo, de manera arbitraria actores y atributos” (León, 2010: 109).

La Constitución de 1998 puede definirse como una de derechos que ampliaba los existentes e introducía otros nuevos. Pero era un marco de transacción que dejaba abiertas las puertas a los procesos de privatización y reducción de la intervención del Estado. Por eso es que esta Constitución ha sido caracterizada como neoliberal (Ibarra, 2010: 72).

1.2 Confrontación y Movilización social por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

No obstante el importante reconocimiento de los derechos de participación, colectivos y de género, muchos sectores ciudadanos consideraron que la Constitución del 98 fue influida por las doctrinas neoliberales. En este sentido, por ejemplo, para los movimientos indígenas los resultados fueron contradictorios; por una parte se reconocieron derechos a los pueblos ancestrales pero por otra se avanzó en la concreción de un modelo económico altamente excluyente y privatizador. Esta fue la razón por la cual el movimiento indígena junto a otros grupos sociales continuaron ejerciendo presión a través de la protesta. Buscaban ante todo frenar la “agenda privatizadora” de los gobiernos de turno.

Hacia fines de los años 90 la protesta social no desmayaba. Sus blancos de ataque eran, a la vez, los modos de hacer política de las organizaciones partidarias imperante y el avance de la agenda privatista-modernizadora que aquellas abanderaban. No era casual, entonces, que luego de las reformas constitucionales de 1998 se produjeran dos nuevos derrocamientos presidenciales; Jamil Mahuad (2000) y Lucio Gutiérrez(2005), acompañados de más o menos importantes movilizaciones sociales que prefiguraron la implantación de formas de control popular radical en el ordenamiento político ecuatoriano (Ramírez, Franklin, 2008: 57).

Lamentablemente, las demandas de los movimientos sociales cayeron en las redes de los cálculos electorales partidistas (Lucio Gutiérrez) o simplemente fueron excluidas de las instancias decisivas de la política ecuatoriana dominada por los intereses económicos. La dificultad para distinguir el interés económico individual del interés general y la indiferencia de “caciques” y partidos ante la necesidad de hacer “sacrificios” por el bienestar colectivo, obstaculizaron las transformaciones demandadas por los movimientos sociales.

Esta “sordera” partidista desembocó en una profunda crisis de legitimidad. La negativa imagen que los ciudadanos tenían de los partidos políticos no los hacía legítimos representantes de la voluntad popular. El movimiento indígena se sentía “engañado”, “utilizado” y “traicionado”, por ciertos líderes personalistas y oportunistas. La sociedad ecuatoriana se sentía muy defraudada por el accionar de la “partidocracia”. El desencanto ciudadano con la clase política y el gobierno de turno tuvo su expresión más interesante en la “Rebelión de los Forajidos” (Abril 2005):

Mención especial merece el papel que jugó en las protestas de abril el llamamiento de Radio La Luna, emisora caracterizada por su postura crítica contra el establishment político y los gobiernos neoliberales... proliferaron las expresiones de la protesta y se desplegó una inusitada gama de acciones pacíficas: desde los cacerolazos sugeridos por las amas de casa y los globazos, armas bélicas de las familias, hasta los tablazos, los rollazos (rollos de papel higiénico lanzados al aire) pasando por los mochilazos de los estudiantes... Las protestas nocturnas mantuvieron en vilo al gobierno, al Congreso y a los partidos políticos (León, Natalia; 2009: 258).

Las voces de la movilización y protesta ciudadana en demanda de sus derechos de participación y del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, que el modelo neoliberal excluyente y privatizador había conculcado, al fin fueron escuchadas por la Asamblea Constituyente de 2008. En efecto, desde la perspectiva de la movilización social, el proceso constituyente de 2008 es el resultado de fuerzas ciudadanas que exigieron ser tomadas en cuenta en la construcción del Estado Plurinacional de Derechos y Justicia. Fue la primera vez en la historia del país que una Asamblea Constituyente permite la participación directa y permanente (la Asamblea de 1998 se encerró en un cuartel) de una enorme cantidad de sectores sociales. Así lo reconoce el historiador Juan Paz y Miño:

Es la primera vez que una Constitución es el resultado de la construcción colectiva de amplios sectores, que expresaron sus posiciones e intereses y que fueron consultados durante varios meses, para que el articulado constitucional recoja los intereses mayoritarios. Además, es la primera vez que un proyecto constitucional construido de ese modo es sometido a referéndum. La Constitución de 1979, si bien fue sometida a referéndum, no se originó en una Asamblea Constituyente.

La propuesta de la Constitución recoge las múltiples aspiraciones políticas, económicas y sociales de los diversos sectores ciudadanos que llegaron a Montecristi para ser escuchados, con la esperanza de que sus demandas se traduzcan en normas constitucionales y establezcan derechos, garantías, responsabilidades públicas y obligaciones estatales que los beneficien (Paz y Miño, Juan; 2008: 41).

2. La Ideación.

Los derechos humanos constituyen una utopía realista en la medida en que ya no evocan las imágenes engañosas de una utopía social que pinta una felicidad colectiva, sino que fundan la meta ideal de una sociedad justa en las instituciones de los propios Estados constitucionales (Habermas, 2012:32).

2.1 DESC y Derechos del Buen Vivir en la Constitución de 2008.

A diferencia de la Constitución de 1998, la normativa constitucional vigente clasifica a los DESC en el capítulo de los Derechos del Buen Vivir. De hecho, casi todos los derechos considerados sociales por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son denominados Derechos del Buen Vivir en la Constitución de 2008 (título II, capítulo II, artículos 340- 415). Únicamente el derecho a la comunicación no es estimado como social en los instrumentos internacionales, sin embargo el criterio utilizado por los Asambleístas para catalogarlo como derecho del Buen Vivir le confiere el estatus de derecho social y lo aleja del concepto liberal de “libertad de expresión”. La Asamblea Nacional lo explicó del siguiente modo cuando promulgó la Ley de Comunicación:

El debate de fondo consiste en el alcance jurídico y político que diferentes actores sociales, políticos y económicos le atribuyen a la libertad de expresión instituida a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Al respecto, había al menos tres opciones. La primera era recrear y perpetuar la ideología jurídica liberal que ha colonizado a los instrumentos jurídicos y, en más de un sentido, los ha deformado. La segunda, inaugurar un discurso jurídico sobre los derechos de la comunicación absolutamente innovador, que eliminara todo rastro de esa ideología liberal, como si el mundo empezara hoy, lo cual hubiera ignorado ciertos valores democráticos desarrollados históricamente. La tercera, reconocer el valor e importancia histórica y política de la libertad de expresarse, formulada en los instrumentos internacionales de derechos humanos, complementándola con lo que ha faltado desde siempre: una serie de oportunidades y servicios para que tal libertad realmente esté al alcance de todos y todas, para que deje de ser un privilegio que sólo disfrutaban los mejor situados en nuestra sociedad. Esta última es la opción política y jurídica que la Ley Orgánica de Comunicación plantea respecto a los derechos de la comunicación: libertad con oportunidades para vivirla cotidianamente, libertad con responsabilidad, democratización de la comunicación y de sus medios, así como el fortalecimiento de la pluralidad democrática (Asamblea Nacional del Ecuador, 2013: 1).

En efecto, existen esencialmente dos concepciones del derecho a la libertad de expresión. Según la primera, y más antigua, de matriz liberal, que aún se encuentra vigente en la gran mayoría de legislaciones occidentales, el Estado debe garantizar la libertad de expresión consagrándola en el texto constitucional y evitando interferir en la vida de los particulares, es decir, el Estado no se opone, no impide la libre expresión. La

segunda concepción, más actual y social, plantea que existen limitaciones y obstáculos, tangibles y medibles, que no permiten un real ejercicio de la libertad de expresión; se trata sobre todo de entender que hay desigualdades económicas y exclusiones sociales históricas que no posibilitan el pleno goce del derecho a la libertad de expresión.

De acuerdo a la segunda visión de la libertad de expresión, las estructuras de poder y las realidades discriminatorias impiden el ejercicio del derecho incluso si es reconocido constitucionalmente y si el Estado no lo vulnera. Deben proporcionarse también las condiciones materiales o los medios para ejercer eficazmente la libertad de expresión. Es necesario conectar la “libertad real” con la idea de igualdad social y con el logro de los medios que viabilicen su auténtica vigencia. Es por esta razón imprescindible diferenciar la “libertad de expresión formal” de la “libertad de expresión real” o “libertad de comunicación” según la concepción adoptada en la Constitución.

Tabla 1: Derechos del Buen Vivir - Constitución 2008

Derechos reconocidos en instrumentos internacionales de Derechos Humanos

DERECHOS 2008	PIDESC	PROTOCOLO SAN SALVADOR	COMITÉ DESC	UNESCO
Al Agua	Art. 11	Art. 11	✓	
A la Alimentación	Art. 11	Art. 12	✓	
A un Ambiente Sano	Art. 12	Art. 11	✓	
A la Comunicación				
A la Información			✓	
A la Cultura	Art. 15	Art. 14	✓	
A la Ciencia y Tecnología	Art. 15	Art. 14	✓	
Al Deporte	Art. 12	Art. 10	✓	✓
A la Recreación	Art. 7	Art. 7	✓	
Al Tiempo Libre	Art. 7	Art. 7	✓	
A la Educación	Arts. 13 y 14	Art. 13	✓	
Al Hábitat	Art. 11		✓	
A la Vivienda	Art. 11		✓	
A la Salud	Art. 12	Art. 10	✓	
Al Trabajo	Arts. 6, 7 y 8	Arts. 6, 7 y 8	✓	
A la Seguridad Social	Art. 9	Art. 9	✓	

Fuente: Elaboración propia.

2.2 Las Políticas Públicas como garantías de derechos en la Constitución de 2008.

La Asamblea Constituyente del 2008 viabiliza un nuevo diseño institucional que pretende pasar del Estado de Derecho al Estado de Derechos: el Estado sometido a los derechos. Los derechos fundamentales civiles, políticos y sociales “son un medio y al mismo tiempo un fin de la teoría del Estado y de la organización social” (Ávila, 2012: 4).

En el Estado de Derechos, según esta visión garantista, la formulación de normas y políticas destinadas al pleno goce o restablecimiento de los derechos fundamentales son mandatos constitucionales cuyo cumplimiento puede ser exigido por vía judicial. “Estado sometido a los derechos... la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el ejecutivo (Art.141), garantizan derechos (Art.85)” (Ávila, 2009: 409).

Efectivamente, el capítulo II del Título III de la Constitución establece que las políticas públicas, en sus distintas fases, deben garantizar derechos de acuerdo a las siguientes disposiciones expuestas en el Artículo 85:

- 1) Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.”
- 2) “Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.”
- 3) “El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades (Constitución del Ecuador, 2008).

En el mismo sentido, al referirse a los principios de aplicación de los derechos, el artículo 11 de la Constitución señala los que deben observar las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones (Prestación de servicios públicos o formulación, ejecución, evaluación y control de políticas públicas):

Artículo 11.- N 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.

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

N 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

N 9. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. (Constitución del Ecuador, 2008).

De la misma manera, el artículo 226 dispone que, las servidoras y servidores públicos “Tendrán el deber de (...) hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, es decir, los contenidos en el denominado Bloque de Constitucionalidad, son de directa e inmediata aplicación por todos los servidores y servidoras públicos. Las siguientes normas son claras al respecto:

Artículo 426.- 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.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos (Constitución del Ecuador, 2008).

2.3 Los derechos en la planificación estatal: el Plan Nacional para el Buen Vivir y la guía para la formulación de políticas públicas sectoriales.

Según el Plan Nacional de Desarrollo (2009-2013) los derechos son los “pilares del Buen Vivir” (Plan Buen Vivir, 2009: 44). Enfatiza el Plan en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales, es decir, en la superación de la visión

liberal que estima “como únicos derechos verdaderos (...) los civiles y políticos (...) los otros (DESC) son sólo enunciados, deseos poco realistas” (Plan Buen Vivir, 2009: 44).

Detrás de esta concepción está la vieja distinción del liberalismo entre la libertad ‘negativa’ y la igualdad. Esta libertad tiene prioridad sobre la igualdad. Entonces, existen derechos sustantivos inalienables y derechos adjetivos que podrían pasarse por alto, hasta que se realicen los primeros (Plan Buen Vivir, 2009:44).

En este mismo sentido, la versión 2013-2017 del Plan Nacional para el Buen Vivir señala que: “La nueva Constitución otorga derechos completos (incluyendo los sociales y económicos) a todos los ciudadanos, y además, obliga al Estado a priorizar el pago de la deuda social por encima de cualquier otra obligación” (Plan Buen Vivir, 2013:16). También el Plan reconoce que la Constitución “establece una original concepción sobre la planificación nacional, al instaurar una nueva relación entre la política pública, la garantía de derechos y los objetivos del desarrollo” (Plan Buen Vivir, 2013:81). En tal virtud, y en armonía con las disposiciones constitucionales:

Los derechos humanos y de la naturaleza pasan a ser parte constitutiva del Plan, son su objetivo, su esencia y razón de ser. (...) Los servicios públicos dejan de ser simples prestaciones sociales para convertirse en medios para la garantía de derechos. El ejercicio de los derechos humanos y de la naturaleza es consustancial a la planificación nacional, en primer lugar, porque la política pública los garantiza, de acuerdo al marco constitucional del Ecuador y, en segundo lugar, porque ellos son en sí mismos los pilares de la sociedad del Buen Vivir (Plan Buen Vivir, 2013: 81).

Conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (Art.17) , la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo expide la “Guía para la Formulación de Políticas Públicas Sectoriales” (Registro Oficial N 184 de 30 de agosto de 2011) “de cumplimiento obligatorio para las entidades y órganos que comprenden la Función Ejecutiva” (Senplades, 2011, p.3 del R.O).

De acuerdo a dicho documento oficial:

Con la finalidad de que las políticas públicas sean el instrumento efectivo para la construcción del Estado Constitucional de Derechos y Justicia que de sustento al Buen Vivir, deben ser formuladas en consonancia con un Enfoque Basado en Derechos Humanos (EBDH).

El EBDH es una herramienta metodológica que se sustenta en el principio de que sólo es posible alcanzar el Buen Vivir con el pleno ejercicio de los derechos humanos.

El marco conceptual y metodológico del EBDH parte de la aplicación sistemática de los estándares y principios de derechos humanos en todas las fases del proceso de planificación para el Buen Vivir, con el fin de fortalecer las capacidades del Estado como garante de derechos y de generar capacidades en las personas como titulares de derechos y responsabilidades. Los estándares de derechos humanos están codificados en los distintos instrumentos legales de ámbito internacional, y regional y nacional, y constituyen el contenido mínimo normativo de cada uno de los derechos (Senplades, 2011: 6-7).

Por tratarse de derechos fundamentales, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo considera que el principal instrumento para la formulación de políticas es el Bloque de Constitucionalidad que: “incluye a la Constitución y a los instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es signatario y que también son mandatorios... es la guía fundamental de las políticas de Estado” (Senplades, 2011: 11-12).

Precisamente, es aquí donde la SENPLADES introduce y define en concepto de Bloque de Constitucionalidad como instrumento fundamental que orienta los distintos niveles de planificación:

El Bloque de Constitucionalidad incluye a la Constitución y a los instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es signatario y que también son mandatorio. Sobre esta base- sigue la SENPLADES- las políticas sectoriales deben estar orientadas a dar contenido a los derechos para el Buen Vivir de forma progresiva, conforme al mandato constitucional, los instrumentos internacionales y las recomendaciones emanadas de los sistemas de protección de derechos humanos a nivel regional y mundial, en todo el ciclo de política pública (Senplades, 2011: 11-12).

En términos generales la definición de la SENPLADES es correcta, sin embargo, corresponde al desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho ecuatoriano señalar con más claridad los límites y contenidos del Bloque de Constitucionalidad. Por ejemplo, para explicar lo que digo, el haber empleado la expresión “instrumentos internacionales” significa que el Bloque de Constitucionalidad, según Ramiro Ávila:

No se limita a los convenios que requieren firma, ratificación y depósito, sino a lo que se conoce en el derecho internacional como Soft Law, en cuya categoría se incluyen las declaraciones, las resoluciones de órganos de Naciones Unidas, las normas mínimas, las directrices, las observaciones generales, entre otras (Ávila, 2011: 145).

Aparentemente, la Senplades considera de manera similar a los instrumentos cuando escribe:

Para el avance en el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, mediante dichos tratados, también se crearon organismos de protección y seguimiento, de ámbito regional (interamericano) y mundial (Naciones Unidas) ante los que el Estado ecuatoriano rinde cuentas de forma periódica y desde donde recibe también informes y recomendaciones de especial utilidad para la formulación o ajuste de políticas públicas (Senplades, 2011: 12).

Para garantizar o restablecer derechos humanos fundamentales, la política pública debe identificar déficits de cumplimiento y al hacerlo asume el derecho insatisfecho o vulnerado como el núcleo esencial del problema social percibido.

La formulación de una problemática debe hacerse como un derecho no realizado, o como una brecha entre el estándar legal y la situación de hecho. De ser posible, la formulación debe reflejar la situación de aquellos grupos de población que experimentan el problema con una mayor severidad.

Alinear un problema de desarrollo con un derecho humano o ambiental insuficientemente realizado nos permitirá integrar el contenido del estándar normativo en cuestión en el análisis de dicho problema (Senplades, 2011: 27).

Toda la Guía incluye propósitos, propuestas y prescripciones de referencia para el empleo del EBDH en los distintos momentos de la formulación de políticas públicas sectoriales. Sobre todo, en los acápites dedicados al “Valor agregado del EBDH”, promueve el uso de estándares y directrices de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la definición del contenido de las políticas y de los resultados esperados porque “establecen unos criterios mínimos a tener en cuenta, tanto en la priorización de lineamientos de política pública cuanto en el seguimiento a la implementación y la medición de impactos” (Senplades, 2011: 8). Para el efecto incluso propone una “matriz de seguimiento a las recomendaciones de mecanismos internacionales en el ámbito de las políticas sectoriales”

Tabla 2: Matriz de seguimiento

Mandato Constitucional	Mecanismos Internacionales de derechos humanos	Correspondencia con el PNBV			Política Sectorial	
Artículos relevantes	Recomendaciones de relevancia para el sector	Objetivo	Política	Meta	Objetivos sectoriales	Metas sectoriales

Fuente: SENPLADES, 2011: 37

Evidentemente, la Guía para la formulación de Políticas Públicas Sectoriales, con todas sus dimensiones, componentes y recursos, es un interesante instrumento que facilita la planificación con enfoque de derechos. No obstante, su vínculo efectivo con las políticas públicas, su poder organizador y plasmador, dependerá, en buena medida, de la construcción de un buen sistema de indicadores, cuantitativos y cualitativos, para monitorear el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos. La Guía de la Senplades reconoce que “se debe construir un sistema de metas e indicadores de impacto porque así se puede determinar los logros esperados de las políticas sectoriales”. (Senplades, 2011: 42) De hecho se recomienda hacerlo en la etapa de formulación de lineamientos:

A más de las metas de impacto, los documentos de la política sectorial pueden incluir metas e indicadores de resultado que sean relevantes, siempre recordando la importancia de desagregarlos por sexo, área de residencia, edad, condición de discapacidad, situación económica y origen nacional (Senplades, 2011: 43).

Sobre el mismo asunto de los indicadores, la Senplades, junto a la Universidad Andina Simón Bolívar y el Centro de Planificación y Estudios Sociales elaboraron el “Atlas de las desigualdades socioeconómicas del Ecuador” con indicadores de acceso a derechos sociales (salud, vivienda, educación, etc.) que se cruzan con una análisis de relaciones de género, relaciones étnicas, etarias y con discapacidades. Según Ana María Larrea, Subsecretaria General de Planificación para el Buen Vivir (Senplades): “El Atlas permitirá construir diagnósticos críticos para generar políticas nacionales y sectoriales orientadas hacia el cierre de las brechas sociales y económicas” (w.w.w.Facebook.com.senplades 4-03-2013).

Para lograr la ambiciosa meta de erradicar la pobreza extrema en el país es indispensable un análisis desagregado de sus principales determinantes y de sus expresiones territoriales, desde una perspectiva de derechos. (...)

El Atlas de las Desigualdades Socioeconómicas del Ecuador realiza un análisis histórico y territorializado de los distintos tipos de desigualdad que han existido y todavía se mantienen en el país, desde la perspectiva del ejercicio de derechos. Presenta los cambios del Ecuador en los últimos 20 años en educación, salud, vivienda, empleo digno, violencia de género y maltrato infantil (Larrea y Muñoz, 2013: 6-7).

2.4 El proceso y los actores involucrados en la planificación de políticas públicas con enfoque basado derechos humanos.

Aunque, en su esencia, el EBDH aplicado a la planificación es el resultado de procesos políticos y sociales a nivel global y regional, Naciones Unidas ha tenido un rol importante en su difusión. De hecho, el primer intento serio de aterrizar sus conceptos, filosóficos y normativos, en la promoción del desarrollo humano se verificó en 2003 cuando Naciones Unidas presentó el “Entendimiento Común sobre el Desarrollo Basado en un Enfoque de los Derechos Humanos”. En esta declaración se establece que:

- a) Todos los programas de desarrollo, políticas y asistencia técnica deben perseguir la realización de los derechos humanos tal y como se establece en la Declaración Universal y otros instrumentos internacionales.
- b) Los estándares y principios de los derechos humanos deben guiar toda la cooperación para el desarrollo y la programación en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación.
- c) La cooperación para el desarrollo contribuye a desarrollar las capacidades de los titulares de derechos para exigirlos y de los titulares de obligaciones para cumplir con su deber.

Posteriormente, los contenidos, alcances y retos del EBDH fueron definiéndose y sofisticándose gracias al trabajo de los Comités de expertos de la ONU. Varios documentos sobre el tema fueron publicados en los años siguientes, por ejemplo:

- Los Derechos Humanos y la Reducción de la Pobreza. Un marco conceptual (2004).
- Informe sobre Indicadores para Vigilar el cumplimiento de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (2006).

- Preguntas frecuentes sobre el Enfoque de Derechos Humanos en la Cooperación para el Desarrollo (2006).

Como se explicó anteriormente, el paso del Estado de Derecho al Estado de Derechos generó la coyuntura ideal para el empleo del EBDH en la planificación pública del Ecuador. Ante el mandato constitucional de incorporar los principios de derechos humanos en la planificación para el desarrollo, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo estimó oportuna la experticia de Naciones Unidas en la materia.

En efecto, el 25 de agosto de 2009 la Cancillería (Fander Falconí), Naciones Unidas (José Miguel Ermida) y la Senplades (René Ramírez):

(...) firman un convenio de asistencia en el tema de desarrollo. José Miguel Ermida de Naciones Unidas señaló que se busca obtener mayor eficiencia e impacto en la cooperación orientada a fortalecer las capacidades nacionales para la promoción y garantía de los Derechos Humanos y el fomento al desarrollo sostenible (Ecuador Inmediato: 2009).

Sin duda, uno de los resultados más interesantes de este acuerdo constituyó la publicación de la “Guía para la Formulación de Políticas Públicas Sectoriales” vigente desde el 30 de agosto del 2011.

La difusión y capacitación técnica acerca de los contenidos de la Guía también conto con el aporte de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Así, por ejemplo, se realizaron algunos cursos importantes sobre las bases conceptuales del EBDH desde noviembre del 2011. El primero se inició el 15 de noviembre, dirigido a funcionarios de la Senplades y con la participación académica de la comunidad de expertos de la ONU (IAEN: 2011).

Más adelante continuarán impartándose otros cursos como el iniciado el 19 de septiembre de 2012: “Curso de Formación de Formadores sobre Políticas Públicas y Derechos Humanos”:

El curso impartido tuvo como objetivo capacitar a 25 formadores y formadoras en la transmisión de los contenidos y herramientas de la Guía de Formulación de Políticas Públicas Sectoriales para que posteriormente repliquen el curso en las distintas entidades del Ejecutivo (OACDH: s/f).

En marzo de 2013 la Asamblea N° 22 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU invitó a Fander Falconí, Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo, para exponer

la experiencia ecuatoriana en materia de planificación desde un enfoque de derechos.

Según Falconí:

(...) la exitosa propuesta ecuatoriana, en la que se prioriza los derechos de las personas por encima de las teorías económicas y las recetas neoliberales... demuestra como una planificación, con enfoque de derechos, ha alcanzado logros que se expresan en indicadores económicos y sociales (El Telégrafo: 2013).

En la misma Asamblea Guillermo Fernández, asesor en Derechos Humanos del Sistema ONU en Ecuador, expresó que:

(...) existe interés entre los delegados de varios países sobre la experiencia de Ecuador en la incorporación práctica de los derechos humanos en las políticas públicas... Normalmente el reconocimiento de los derechos aparece en una Constitución o en los tratados internacionales, pero el avance que ha experimentado el Ecuador es cómo esto se hace realidad. El cómo es la gran pregunta y en esto el Ecuador tiene la vanguardia en la región y a nivel mundial porque ha elegido y está implementando la política pública con una metodología concreta (Ecuador Inmediato: 2013).

Fernández también señaló que el Ecuador se encuentra trabajando en el desarrollo de un sistema de indicadores de derechos humanos porque “la única manera de medir el impacto de esa política pública es mediante indicadores” (Ecuador Inmediato: 2013).

Como se expuso en páginas anteriores, la construcción de un buen sistema de indicadores para medir derechos facilitará la afectiva aplicación del EBDH en la formulación de políticas públicas sectoriales. Por ahora, se han plantado las semillas (Constituyente), estas han germinado y el joven árbol crece rodeado de buenos deseos, sin embargo, sólo sus frutos permitirán saber si el EBDH puede ser convenientemente empleado. Sobre el tema son importantes las reflexiones de Diego Zorrilla, Coordinador Residente del Sistema de las Naciones Unidas en el Ecuador:

Tanto el marco constitucional como el Plan Nacional de Desarrollo consideran a la reducción de desigualdades como un elemento indispensable para alcanzar al Buen Vivir. Para lograr este objetivo estratégico es indispensable que el país priorice su atención y recursos en las personas y los grupos más rezagados de la sociedad y en los lugares en donde éstos se encuentran. Para ello, a su vez, los Estados precisan disponer de sistemas de información estadística e indicadores orientados a medir las brechas en el disfrute de derechos y adecuadamente desagregados para identificar a las personas y grupos de atención prioritaria, con sus respectivas ubicaciones territoriales; los avances y los retos pendientes, de acuerdo con el grupo poblacional y su localización geográfica. Únicamente

sobre la base de esta información se podrá orientar la formulación e implementación de las políticas, así como evaluar su impacto en la reducción de las desigualdades.

Es en este contexto que se enmarca este Atlas de desigualdades socio-económicas del Ecuador que, a nuestro juicio, constituye un aporte de proporciones continentales a la construcción de una nueva métrica para las políticas públicas y el desarrollo desde una perspectiva de derechos (Zorrilla, 2013: 9).

3. La Plasmación.

En una palabra, es necesario el Estado como poder de sanción, como poder de organización y como poder de ejecución porque los derechos han de imponerse, porque la comunidad jurídica necesita tanto de una fuerza estabilizadora de su identidad como de una administración organizada de justicia, y porque de la formación de la voluntad política resultan programas que han de implementarse (Habermas, 2010: 201).

Siempre existe el reto de transitar desde la ideación a la concreción en los hechos prácticos, de aterrizar conceptos, de señalar caminos, de diseñar herramientas para la construcción de las nuevas realidades. Es la obligación y privilegio, problema y oportunidad, que hoy debe asumir el Estado ecuatoriano.

De acuerdo al Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando un Estado reconoce derechos sociales se compromete a cumplir con las siguientes obligaciones genéricas:

- a) Adecuación del marco legal.
- b) El Estado debe derogar aquellas normas contrarias a los derechos como, por ejemplo, las que impidan la formación de sindicatos o permitan, de alguna forma, el trabajo infantil (Abramovich y Courtis, 2002: 81-82).
- c) Relevamiento de información, vigilancia efectiva y formulación de plan.
- d) Los Estados deben realizar una supervisión sobre el grado de efectividad de los DESC. El Comité de la ONU ha considerado que la producción de información es un presupuesto para esa vigilancia y ha impuesto a los Estados la obligación de revelar información y garantizar el acceso a ella. Los Estados deben, además formular un plan de acción o estrategia para avanzar en el grado de satisfacción de los derechos. (Abramovich y Courtis, 2002: 83-84).

- e) Provisión de recursos efectivos.
- f) El Comité de la ONU reitera la obligación de proveer recursos judiciales efectivos para reparar violaciones de derechos consagrados en la Constitución. No puede afirmarse que los ciudadanos gozan de sus derechos hasta verificar que realmente existen condiciones para demandar judicialmente la prestación ante un eventual incumplimiento de los Estados. (Abramovich y Courtis, 2002: 85-89).
- g) Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos.
- h) El Comité ha establecido “contenidos mínimos” de los derechos sociales. Su intención es definir un “punto de partida” hacia la plena satisfacción de los DESC. Por ejemplo, sobre el derecho a la salud el Comité ha determinado la obligación estatal de garantizar como “mínimo” la atención primaria básica. (Abramovich y Courtis, 2006: 55-57).
- i) Obligación de progresividad y prohibición de regresividad.
- j) El principio de progresividad comporta un doble reconocimiento: 1) Comprensión de la gradual materialización de los derechos sociales; 2) Obligación de mejorar permanentemente las condiciones de goce y ejercicio de los derechos.
- k) La prohibición de regresividad impide al Estado derogar derechos consagrados o disminuir los niveles de protección de los derechos vigentes (Abramovich y Courtis, 2006: 57-63).

La lucha por la plena vigencia de los derechos humanos enfrenta siempre el desafío de conocer oportunamente y certeramente el grado de realización del derecho. Para hacerlo es imprescindible recurrir a indicadores que permitan establecer la distancia entre la aspiración y la manifestación, entre el estándar o meta esperada y la situación real de su ejercicio.

Acerca del tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha formulado algunos lineamientos para la elaboración de “indicadores de progreso” en materia de DESC. “Los indicadores pueden materializarse en formas diversas- datos estadísticos contabilizados en un censo o en encuestas de hogares, preguntas en un

cuestionario o en una entrevista abierta, presupuestos, gasto público social, etc.” (CIDH, 2008: Punto 11).

La Comisión ha definido tres tipos de indicadores: 1) Estructurales; 2) De Proceso; y 3) De Resultado.

Los indicadores Estructurales “revelan información para evaluar cómo se organiza el aparato institucional y el sistema legal del Estado para cumplir con las obligaciones del Protocolo” (CIDH, 2008: Punto 30).

Los indicadores de Proceso proporcionan información relacionada con la práctica efectiva de lo dispuesto en los instrumentos legales, es decir, se ocupan de constatar la “voluntad real” del Estado para cumplir con sus obligaciones. “Buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos” (CIDH, 2008: Punto 31).

Los indicadores de Resultado “proveen un medida cuantitativamente comprobable y comparable de la *performance* del Estado en materia de realización progresiva de derechos” (CIDH, 2008: Punto 32).

En cierta medida, la primera parte del capítulo, la “ideación” de los DESC, describió los progresos del Estado ecuatoriano en la dimensión estructural. Fue evidenciado, en dicho apartado, el grado y naturaleza de la recepción de los DESC en la Constitución, sistema legal y planificación estatal.

La plasmación de los derechos, esto es, su estado de realización concreto, puede ser constatada de mejor manera, aunque con algunos límites, empleando indicadores de proceso y resultado. De todos modos, es importante destacar que, si bien son claros muchos vínculos causales entre la acción del Estado y el progreso en el cumplimiento de los DESC, no siempre los resultados coinciden con las aspiraciones de la política pública pues responden al agregado de múltiples factores, algunos de los cuales escapan al control de la gestión estatal.

3.1 La exigibilidad judicial de los DESC como indicador global de estructura.

Una de las características relevantes de la noción de “derecho” es su justiciabilidad, es decir, la posibilidad de exigir su cumplimiento a través de las instituciones jurisdiccionales destinadas al propósito. De hecho, si un denominado “derecho” no es plenamente justiciable, cabe la duda acerca de su naturaleza. Puede tratarse, en efecto,

de una simple declaración de buenas intenciones. Su consagración constitucional no necesariamente, en la práctica, lo hace exigible ante los tribunales. Durante décadas, este ha sido el principal obstáculo para la materialización de los DESC. Generalmente los Estados los consideraron “derechos sobre el papel”, esto es, sujetos a disponibilidad presupuestaria o voluntad ideológica-política.

La suscripción de dos pactos internacionales distintos incidió marcadamente en este modo peculiar de asumir los derechos sociales. Mientras en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Primera Generación) se establece, incondicionalmente, la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos consagrados en el pacto; en el caso del Pacto Internacional de los DESC las obligaciones estatales se hallan sujetas a la disponibilidad de recursos, para lograr “progresivamente” la plena efectividad de todos los derechos. En este mismo camino diferenciador, el PIDCP determina en su artículo 2.3 el derecho a interponer un “recurso efectivo” en caso de violación a derechos civiles y políticos; la mención a tal “recurso” no consta expresamente en el PIDESC.

Otra diferencia importante entre los pactos se evidencia en los mecanismos de implementación. El PIDESC no determina mecanismos de comunicación de violaciones, sólo establece un sistema de informes periódicos, presentados por los Estados Partes, sobre medidas adoptadas y progresos realizados “con el fin de asegurar el respeto a los derechos consagrados en el mismo” (Artículo 16 PIDESC). El Pacto de Derechos Civiles y Políticos sí especifica los mecanismos de comunicación de violaciones y el Artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto dispone la competencia del Comité de Derechos Humanos “para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación.”

Ambos Pactos, PIDESC y PIDCP, fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entraron en vigor en 1976. Sin embargo, sólo el 10 de diciembre de 2008, transcurridos 42 años, la Asamblea general de las Naciones Unidas adoptó el Protocolo Facultativo del PIDESC que establece los mecanismos para la comunicación de violaciones.

El Protocolo Facultativo del PIDESC se abrió a las firmas el 24 de septiembre de 2009 y entró en vigor el 5 de mayo de 2013 al cumplir el requisito de ser ratificado por 10 países. Ecuador fue el primer país en ratificarlo.

Por orden de ratificación, los 10 países que posibilitaron la vigencia del Protocolo Facultativo son:

Tabla 3: Primeros países en ratificar el Protocolo Facultativo del PIDESC

N.	PAÍS	FECHA DE RATIFICACIÓN
1	Ecuador	11 de Junio de 2010
2	Mongolia	1 de julio de 2010
3	España	23 de septiembre de 2010
4	El Salvador	20 de septiembre de 2011
5	Argentina	24 de octubre de 2011
6	Bolivia	13 de enero de 2012
7	Bosnia Herzegovina	18 de enero de 2012
8	Slovakia	7 de marzo de 2012
9	Portugal	28 de enero de 2013
10	Uruguay	5 de febrero de 2013

Fuente: Naciones Unidas. Treaty Collection

En cierta forma, este hecho expresa el grado de compromiso del Estado ecuatoriano con la protección de los DESC. Revela, también, la disposición de los poderes públicos para acatar el mandato constitucional consagrado en el artículo 11.- N 6: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” y N 3: “Los derechos serán plenamente justiciables”.

La auto-restricción de los jueces al momento de evaluar el diseño o ejecución de las políticas públicas es otro de los tradicionales obstáculos para la exigibilidad de los DESC. La Constitución pretende superar tal inconveniente disponiendo expresamente que la Acción de Protección Constitucional podrá interponerse “contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.”(Artículo 88).

Antes de la Constitución de 2008, la legitimación activa, es decir, la capacidad para actuar en el proceso, fue otro impedimento recurrente al momento de intentar judicializar los DESC. El titular del derecho, supuestamente amenazado o vulnerado, era el único capaz de activar la jurisdicción constitucional. Sin embargo, en el caso de los DESC es frecuente que los propios sujetos afectados no se reconozcan como víctimas de trasgresión a sus derechos (Por ejemplo, la comunidad que no percibe el ruido o contaminación de una fábrica como vulneración de su derecho a la salud.) Para solventar este problema, la Constitución de 2008 estableció la *actio popularis* mediante la cual cualquier persona puede denunciar la violación de derechos que sufren otras personas: Artículo 86.- “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.” Con igual intención, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional deja claro el tema de la legitimación activa:

Artículo 10.- Contenido de la demanda de garantía. La demanda al menos contendrá: (...) N-1. Los nombres y apellidos de la persona o personas accionantes y, si no fuere la misma persona, de la afectada. N-5. El lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el accionante lo supiere.

Artículo 11.- Cuando la acción haya sido presentada por interpuesta persona, la jueza o el juez deberá notificar a la persona afectada. Esta podrá comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir de la acción o deducir los recursos de ley aunque no haya comparecido antes.

Artículo 14.- La audiencia pública se llevará a cabo bajo la dirección de la jueza o juez, el día y hora señalados. Podrán intervenir tanto la persona afectada como la accionante, cuando no fueren la misma persona.

(...) Si la presencia de la persona afectada no es indispensable para probar el daño, la audiencia se llevará a cabo con la presencia del accionante (LOGJCC).

3.2 El gasto público social como indicador global de proceso.

Entre los esfuerzos que los Estados deben realizar para cumplir con sus obligaciones respecto a los DESC, merece especial atención “el contexto financiero básico que alude a la disponibilidad efectiva de recursos del Estado para ejecutar el Gasto Público Social” (CIDH, 2008: Punto 42).

En cierta forma, la asignación de recursos financieros al gasto social refleja la prioridad que el Estado le concede a los DESC “dentro del gasto público total en el marco del ciclo económico, así como su distribución sectorial” (CEPAL, 2014: 197).

Los datos acerca del gasto público social, expuestos a continuación, fueron publicados en los últimos informes de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

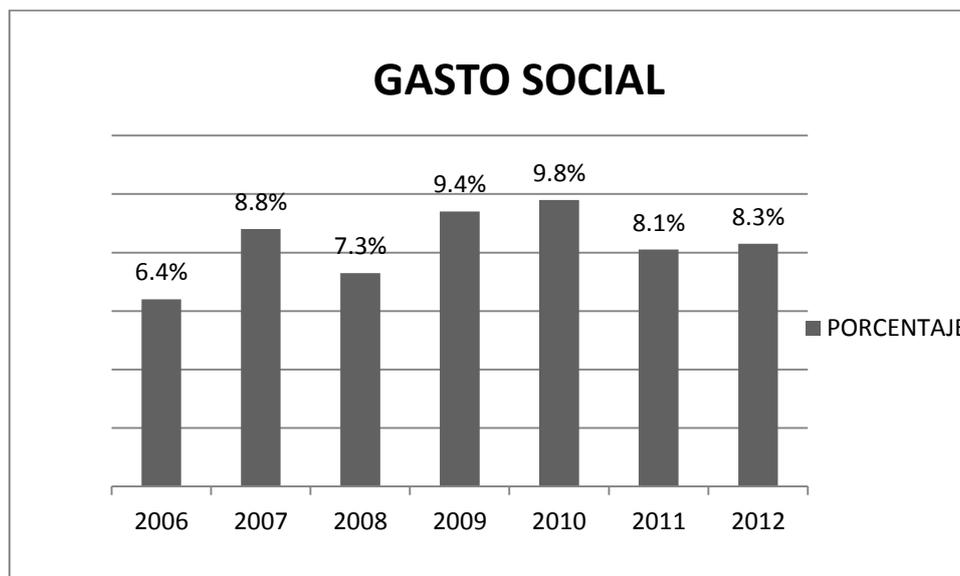
De acuerdo a la CEPAL, el gasto público social como porcentaje del PIB en 2006 alcanzó el 6,4%, el más bajo de América Latina. (CEPAL, 2010: 98).

En 2007, como porcentaje del PIB, el gasto social sube a 8,8%. En 2008 se reduce a 7,3%, en 2009 se incrementa a 9,4% y a 9,8% en 2010. (CEPAL, 2012: 164). De todas maneras, “entre 2009 y 2010 sólo el Ecuador, Guatemala, el Perú, la República Dominicana y Trinidad y Tobago registraban gastos sociales con valores inferiores al 10% de sus respectivos PIB” (CEPAL, 2013: 40).

En 2011 el gasto social representó el 8,1% del PIB (Portal de Gasto Social en América Latina, CEPAL), sólo Ecuador, Guatemala y República Dominicana continúan con montos inferiores al 10% de sus respectivos PIB (CEPAL, 2014: 199).

El último dato disponible de la CEPAL sobre el gasto social como porcentaje del PIB, publicado por la división de desarrollo social de la CEPAL (dds.cepal.org/gasto/indicadores) corresponde al año 2012 y corresponde a un 8,3% del PIB.

Gráfico 1: Evolución del Gasto Público Social en porcentajes del PIB



Fuente: CEPAL.

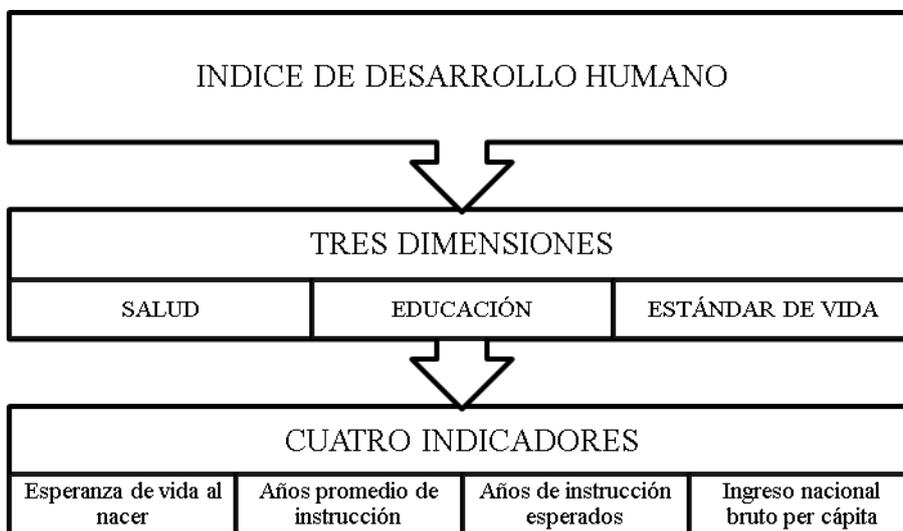
3.3 El Índice de Desarrollo Humano como indicador global de resultado.

No existe en América Latina un índice que cuantifique el nivel de ejercicio global de los DESC. No obstante, una aproximación bastante cercana y aceptable a dicha medición constituye el Índice de Desarrollo Humano pues resume los avances logrados por país en salud, educación e ingresos.

En palabras de uno de sus creadores, Amartya Sen, el índice es “sencillo” y “carece de cierto refinamiento” pero incluye aspectos importantes antes no contemplados al estimar el desarrollo de los países (Informe sobre Desarrollo Humano, 2010: VI).

Específicamente, el Índice de Desarrollo Humano consta de cuatro indicadores agrupados en tres dimensiones: 1) Salud, medida por la esperanza de vida al nacer; 2) Educación, medida por años promedio de instrucción esperada y, 3) Estándar de vida, medida por el Ingreso Nacional Bruto per cápita. (Informe de Desarrollo Humano, 2010: 13).

Gráfico 2: Componentes del Índice de Desarrollo Humano



Fuente: Informe de Desarrollo Humano 2010

Las tres dimensiones forman parte de la propuesta original del IDH, sin embargo, con el propósito de mejorar la calidad del índice, desde el año 2010 ha sido incorporados nuevos indicadores. En tal virtud, los datos de la clasificación anterior a este año (1990-

2009) no son comparables con los actuales. (Antes de la Constitución de 2008, medida con una metodología distinta, el Ecuador ocupaba el puesto 80 en la clasificación del IDH).

Aclarada la situación, se expone a continuación la “clasificación según el IDH” del Ecuador en el mundo:

Tabla 4: Índice de Desarrollo Humano (IDH)

CLASIFICACIÓN MUNDIAL SEGÚN EL IDH		
AÑO	UBICACIÓN DEL ECUADOR	VALOR
2010	77	0,695
2011	83	0,720
2012	89	0,724
2013	98	0,711

Fuente: PNUD, Informes Desarrollo Humano.

3.4 Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) como indicadores de estructura, proceso y resultado.

En septiembre de 2000, 189 países suscribieron la Declaración del Milenio. De cierto modo, esta declaración implicó colocar en el centro del debate sobre las estrategias de desarrollo las dimensiones valoradas por el IDH y asumidas internacionalmente como derechos económicos, sociales y culturales (DESC). La originalidad e importancia de tal Declaración reside, además, en la concertación mundial alcanzada para la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) hasta el 2015. Son ocho objetivos dirigidos a mejorar las condiciones de vida de la gente: 1) Erradicar la pobreza extrema y los problemas alimentarios, 2) Lograr la educación básica universal, 3) Promover la igualdad entre géneros y la autonomía de las mujeres, 4) Reducir la mortalidad de la niñez, 5) Mejorar la salud materna, 6) Combatir el VIH/SIDA y otras enfermedades, 7) Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, 8) Fomentar la asociación mundial para el desarrollo.

Son compromisos precisos, con metas claras y delimitadas, que tienen un apreciable valor metodológico para la presente investigación. Al tratarse de desafíos libremente aceptados, desde el año 2000 el Estado ecuatoriano orientó su acción hacia

su cumplimiento y adquirió la obligación de rendir cuentas acerca de los avances (o retrocesos) en la materialización de las metas fijadas. De esta manera, los ODM se convierten, también, en pertinentes indicadores de Estructura (Normas e Instituciones destinadas a cumplir derechos), Proceso (Magnitud y naturaleza de los esfuerzos estatales) y de Resultado (Medida cuantitativa comprobable y comparable). Sin embargo, desde el mismo punto de vista metodológico, se imponen también las siguientes consideraciones prácticas: a) Recopilar la información sobre las políticas y logros de cada uno de los 8 objetivos y 18 metas requiere un trabajo de investigación que rebasa los límites teóricos, espaciales (de contenido) y temporales de esta tesis; b) Algunos objetivos inciden más que otros en la plena vigencia de los DESC. Por tanto, atendiendo los criterios metodológicos señalados, se eligió, como indicador de proceso y resultado, el **PRIMER OBJETIVO DE DESARROLLO DEL MILENIO: ERRADICAR LA POBREZA EXTREMA Y LOS PROBLEMAS ALIMENTARIOS.**

META UNO:

Reducir a la mitad el porcentaje de personas cuyos ingresos fueran inferiores a 1 dólar por día (Pobreza extrema o indigencia).

El Informe Nacional de los ODM, publicado en 2007, reconoce que el país está lejos de alcanzar la meta de erradicación de la extrema pobreza. En aquel año la pobreza extrema o indigencia llegaba a 12, 86% (Informe Nacional ODM, 2007: 42 y Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010, 2007: 82, 83).

El Plan Nacional de Desarrollo (2007-2010) define las estrategias para superar la pobreza: 1) Contar con un sistema de protección social eficiente que apoye a los seres humanos a choques naturales y/o macroeconómicos; 2) Fomentar las capacidades, en especial la educación y la salud; 3) Incorporar a los sectores menos favorecidos a los procesos productivos a través de la generación de empleo y otros mecanismos de inclusión productiva (Plan Nacional de Desarrollo, 2007: 87). Plantea también el Plan 2007 la reforma del Bono de Desarrollo Humano. Se trata de un programa de transferencia monetaria condicionada que “entrega una cantidad determinada de dinero a las familias a cambio de estas envíen a sus niños/as a las escuelas y centros de salud” (Informe Nacional ODM, 2007: 54). La reforma propuesta consiste, básicamente, en: a)

La creación de un sistema de monitoreo del cumplimiento de corresponsabilidad por parte de las familias beneficiadas; b) Dotar a las personas que reciben el Bono de capacitación y microcrédito para integrarlos a la economía social y solidaria (Plan de Desarrollo, 2007: 95).

En la Constitución de 2008, el Estado ecuatoriano asume como uno de sus “deberes primordiales” la “erradicación de la pobreza (...) para acceder al Buen Vivir” (Art.3 N-5).

Siguiendo el mandato constitucional, el Plan Nacional para el Buen Vivir (2009-2013), propone la aplicación de “políticas integrales” para la erradicación de la pobreza. Según el Plan, el abordaje integral es necesario porque “las respuestas públicas expresadas en mecanismos de protección social de corte asistencial, o las acciones paliativas son limitadas e insuficientes” (Plan Buen Vivir, 2009: 137).

“Este nuevo modelo implica un reparto orgánico de la riqueza del país, en términos de infraestructura, bienes y servicios, considerados necesarios e indispensables para la ampliación de las capacidades y libertades humanas, y para el funcionamiento de la economía ecuatoriana” (Plan Buen Vivir, 2009: 137).

En este mismo sentido, el Plan para el Buen Vivir (2013-2017) sostiene que la erradicación de la pobreza requiere de la “consolidación de políticas intersectoriales (...) dentro de un modelo de producción basado en la distribución justa y equitativa de los medios de producción y de la riqueza” (Plan Buen Vivir, 2013: 112). De acuerdo al Plan, el problema de la pobreza debe enfrentarse desde un enfoque multidimensional que dé cuenta de todas sus causas generadoras: carencias, exclusiones, desigualdades y violencias (Plan Buen Vivir, 2013: 113).

En consonancia con dicha concepción, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), elabora el “Atlas de las Desigualdades Socio-Económicas del Ecuador” pues “para lograr la ambiciosa meta de erradicar la pobreza extrema en el país es indispensable un análisis desagregado de sus principales determinantes y de sus expresiones territoriales, desde la perspectiva de derechos” (Senplades, 2013: 6).

Lamentablemente, el Estado ecuatoriano publicó el último Informe Nacional de los ODM en 2007. Esto impide una comparación metodológicamente aceptable de

porcentajes anuales de pobreza extrema en Ecuador. Las cifras presentadas en dicho informe son las siguientes:

Tabla 5: Porcentajes de pobreza extrema o indigencia en Ecuador. Año 2006

Costa	10,85
Sierra	12,20
Amazonía	39,60
Campo	26,88
Ciudad	4,78
TOTAL NACIONAL	12,86

Fuente: Informe ODM 2007.

Con el objeto de superar esta limitación metodológica y observar los progresos del Estado ecuatoriano en el cometido de erradicar la pobreza, reproducimos a continuación la información que anualmente la CEPAL presenta sobre el tema:

Tabla 6: Porcentajes nacionales de pobreza extrema o indigencia en Ecuador

2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
12,86 ^T	-	14,2 ^A	15,5 ^A	14,2 ^A	13,8 ^T	12,9 ^T
TOTALES (T) ÁREAS URBANAS (A)						

Fuentes: CEPAL / Informe Nacional ODM 2007

META 2

Reducir a la mitad el porcentaje de personas que padecen hambre.

Según el Informe Nacional de los ODM 2007, el Ecuador no presenta los problemas de hambre propios de otras regiones del mundo. Ante esta consideración, “el planteamiento de los ODM en el Ecuador ha sido reducir a la mitad la prevalencia de la desnutrición crónica” (Informe Nacional ODM, 2007: 59).

De acuerdo al informe, en 2006 la desnutrición crónica (o retardo en talla) en Ecuador alcanzó el 18,1% (Informe Nacional ODM, 2007: 60). El mismo porcentaje (18%) consta en el Plan Nacional de desarrollo 2007-2010 (Pág.98).

Con relación al tema nutricional, el Plan 2007-2010 describe los cinco programas principales del Estado ecuatoriano: 1) Aliméntate Ecuador (niños de 2 a 5 años); 2) Fondo de Desarrollo Infantil (menores de 5 años); 3) Instituto Nacional de la Niñez y la Familia (Familias en extrema pobreza); 4) Operación Rescate Infantil (menores de 5 años); Programa de Alimentación y Nutrición. (Plan Nacional de Desarrollo, 2007: 103-104).

Sobre el asunto de los programas, el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 propone integrar los programas estatales dispersos en un solo programa nacional que “considere la diversidad cultural así como la perspectiva de género y se enfoque en aquellos sectores de población en situación más crítica de malnutrición, con énfasis en la atención emergente a mujeres embarazadas y niños y niñas con desnutrición grave” (Plan Buen Vivir 2009: 171).

Con esta estrategia y otras propuestas, según el Plan la meta es reducir en 45% la desnutrición crónica hasta 2013” (Plan Buen Vivir, 2009: 174).

La estrategia de Intervención Nutricional Territorial Integral (INTI) fue ejecutada desde varios sectores: a) Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES); b) Ministerio de Salud; 3) Ministerio de Educación; 4) Ministerio de Vivienda; 5) Ministerio de Agricultura; 6) Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia; 7) SENPLADES.

La Constitución de 2008 reconoce la necesidad de atender prioritariamente, con el programa gubernamental, a niñas y niños (Artículo 35) con desnutrición grave. En el caso de las niñas y niños, el artículo 44 establece, además, que “sus derechos prevalecerán sobre las demás personas”. Así mismo, el artículo 46 dispone la obligación estatal de adoptar medidas que aseguren “la atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.”

En consonancia con el mandato constitucional, el Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017 concede especial relevancia a la nutrición en el desarrollo de las capacidades y potencialidades de niños y niñas:

La nutrición es un factor relevante para el desarrollo cognitivo de niños y niñas (...) El déficit de micronutrientes daña de manera permanente el cerebro, lo que dificulta el buen rendimiento escolar a corto plazo, ya que se ven afectadas la capacidad de concentración de los niños, su relación con el entorno, su actividad y su facilidad para aprender.

La falta de nutrientes con yodo y hierro en la alimentación de infantes (0 a 3 años de edad) provoca una disfunción cognitiva (...) los dos primeros años de vida son críticos para la recuperación del infante (Plan Buen Vivir, 2013:161).

Desde una perspectiva de derechos vulnerados, en el Atlas de las Desigualdades Socioeconómicas del Ecuador, Carlos Larrea explica las nefastas consecuencias de la desnutrición crónica:

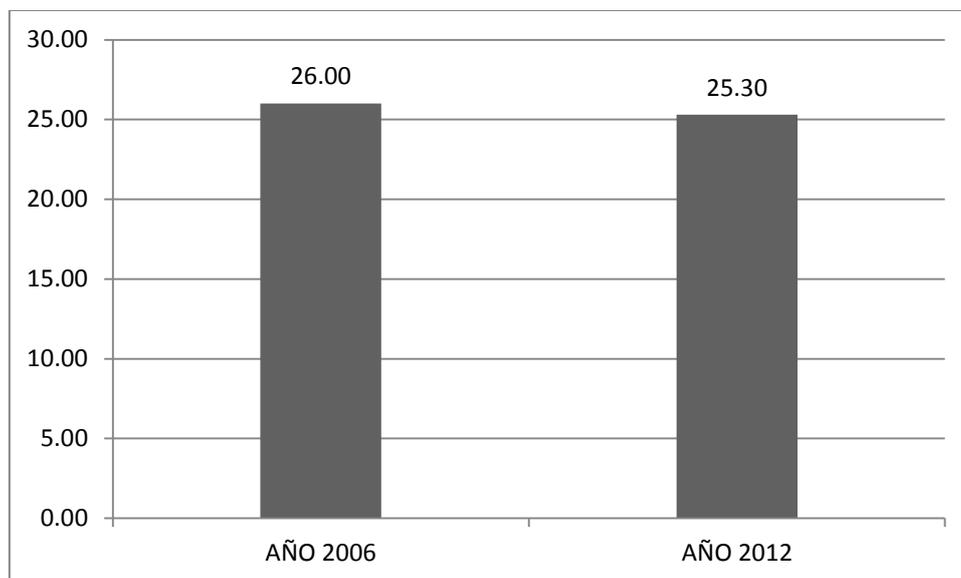
Un severo retardo en el crecimiento físico de niños y niñas menores de cinco años afecta irreversiblemente su desarrollo intelectual y psicomotor, reduciendo las posibilidades futuras en el rendimiento escolar y laboral (...) afecta el derecho de los niños al pleno desarrollo de su potencial físico e intelectual (SENPLADES, 2013: 89).

El Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, en 2010, con el propósito de contar con una “herramienta más actualizada para la toma de decisiones de política pública” (MCDS, 2010:6) publica el “Mapa de la Desnutrición Crónica en Ecuador.” Dicho documento ratifica la intención (Plan para el Buen Vivir 2009-2013) de reducir la desnutrición crónica en 1,7 puntos porcentuales anuales, es decir, de 26% (2006) al 14% hasta el 2013. (MCDS, 2010: 5,23).

Se explica también en la publicación cuales son los lineamientos generales de la “Estrategia Nacional para la Reducción Acelerada de la Malnutrición Infantil”. En esencia, la estrategia busca responder a la causalidad multidimensional de la desnutrición crónica por lo que “la política pública tiene que involucrar un conjunto de políticas y programas sectoriales relacionados con esa multicausalidad” (MCDS, 2010: 23).

Al parecer la meta del 14% de desnutrición crónica hasta el 2013 no fue alcanzada. Según la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición (ENSANUT-ECU), realizada por el Ministerio de Salud Pública y el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) en 2012 el porcentaje de desnutrición crónica fue 25.3%. (ENSANUT-RESUMEN EJECUTIVO, 2014: 32).

Gráfico 3: Porcentaje de desnutrición crónica o retardo en talla en Ecuador



Fuentes: ECV 2006 / ENSANUT 2012

CAPÍTULO III

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO PARA LA CONCRECIÓN DE LOS DESC: TENSIONES Y DESAFÍOS.

1. Las Tensiones por la Constitucionalización de los DESC: Bases Históricas para una discusión.

La razón de ser de los derechos sociales como el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, es una razón igualitaria. Los tres tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quien tiene y quien no tiene, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento y condición social (Bobbio, 1995: 151).

La constitucionalización de los derechos sociales nunca fue tarea pacífica. Su progresivo reconocimiento constitucional, impulsado por la insurrección popular, empieza a mediados del siglo XIX (París 1848). En toda Europa, los sucesos franceses alentaron e intensificaron los debates sobre la “cuestión social” y la conveniencia de constitucionalizar los derechos obreros. Atento al nuevo escenario conflictivo, Otto Von Bismarck (Prusia-1871) diseña e impone el primer modelo de “Estado Social” europeo. Se trataba, ante todo, de una propuesta “preventiva” dirigida a desactivar la “amenaza revolucionaria” (Pisarello, 2011: 104). Más adelante, en México (1917), tras varios años de lucha armada, la Constitución de Querétaro consagró un numeroso catálogo de derechos sociales. Luego de la Primera Guerra Mundial, en Alemania la derrota atizó la protesta popular que terminó con la monarquía: la nueva Constitución (Weimar 1919) de la República reconoció los derechos a la educación, vivienda y trabajo. Como consecuencia, en notable medida, de la Revolución Juliana (1925), la primera Constitución ecuatoriana que consagra derechos sociales fue la de 1929.

Los antecedentes económicos y políticos, aciagos acontecimientos y nefastos efectos de la Segunda Guerra Mundial fomentaron en la comunidad internacional la plausible preocupación por la revitalización de los ideales humanistas y democráticos. En 1944 la Carta de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) postuló los principios sociales que debían sustentar y orientar las futuras acciones estatales. Dichos principios fueron ratificados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). A partir de la Declaración, los derechos sociales serán conocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como DESC: Artículos 22 al 27.

Art. 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

No obstante las especiales circunstancias de su promulgación, tampoco la introducción de los DESC en la Declaración fue pacífica. Los desacuerdos y controversias se suscitaban, sobre todo, por el cómo y quién los trasladaría al plano concreto, a su vigencia práctica. Unos países propondrán derechos vinculantes para los Estados y otros sólo una “declaración de principios” pues creían que los Estados no tenían la capacidad de asegurar su goce efectivo a través de la acción gubernamental directa. El debate jamás finalizó.

Años después, en 1966, las divergencias acerca de las obligaciones estatales respecto a los DESC se reflejaron en la redacción de los instrumentos internacionales que viabilizaban su concreción. La declaración de derechos fue separada en dos Pactos: Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se evidenció de este modo la pretensión de establecer obligaciones de alcance diferente para derechos que aún generaban confrontación ideológica.

De acuerdo a esta “diplomática” clasificación de los derechos, los DESC podrían efectivizarse progresivamente según la disponibilidad de recursos. Además, como fue explicado anteriormente, el PIDESC no señaló mecanismos de comunicación de violaciones, los Estados únicamente (y convenientemente) debían informar sobre los progresos alcanzados en los esfuerzos por su materialización.

La catalogación de los derechos en Pactos separados no constituyó un hecho aislado. En aquellos años los DESC se hallaban bajo asedio. Eran tiempos de la Guerra Fría. Los defensores del Liberalismo Occidental sospechaban que su constitucionalización implicaba conceder demasiado poder al Estado. El fuerte componente prestacional de los DESC incomodaba a quienes rechazaban el intervencionismo estatal en “asuntos privados”. De algún modo, sostenían, la excesiva injerencia del gobierno amenazaba las libertades individuales. Según esta percepción, tales libertades fundamentales fueron adquiridas “naturalmente” y son anteriores al

gobierno humano; el Estado, por tanto, debe abstenerse de coartar o limitar ciertas decisiones o acciones individuales. En definitiva, la gestión estatal debía limitarse a específicas funciones, debía ser mínima, cualquier exceso no se justificaba pues podría vulnerar libertades básicas. Hayek, Friedman y Nozick defendieron fervorosamente esta posición.

En 1975, Crozier, Huntington y Watanuki presentaron un informe de la Comisión Trilateral sobre la Gobernabilidad de la Democracia. Según dicho informe muchos Estados se encontraban en crisis por la sobrecarga de demandas ciudadanas. Una de las soluciones propuestas por los autores: políticas sociales menos ambiciosas.

El estancamiento económico de los años 70, junto a una combinación de ideas filosóficas y políticas a favor del “Estado Mínimo”, fueron razones centrales que motivaron el discurso anti- gobierno y pro-mercado de Margaret Thatcher (Inglaterra) y Ronald Reagan (E.U) en la década de los 80. Los gobiernos conducidos por ambos políticos estructuraron y promovieron un nuevo modelo de relación político-económico entre el Estado y la sociedad conocido como Neo-liberalismo.

Algunas características del diseño estatal Neoliberal fueron bien recibidas por los gobiernos ecuatorianos de los 80, de todos modos, “existe acuerdo en sostener que es en el período de Sixto Durán Ballén (1992-1996) cuando se consolida el modelo Neoliberal” (Minteguiaga, 2013: 137). El conflicto social fue inevitable. Cada vez con mayor intensidad y frecuencia, grupos sociales utilizaron medios alternativos de presión (Protestas, cierre de vías, marchas, etc.) para conseguir atención a sus demandas. También en otras naciones latinoamericanas emergieron importantes movimientos garantistas de los derechos económicos, sociales y culturales. (Santos, Boaventura de Sousa, 2010: 81-83). La Constitución de 1998 reconoció derechos sociales exigidos por diversos sectores, pero dejó la puerta abierta a la implementación de un régimen económico privatizador. Se dijo, por esta razón, que se había institucionalizado un “Neoliberalismo con rostro social”.

La Constitución de 2008 estableció un nuevo marco institucional para la relación entre el Estado, economía y sociedad. Se pretendió, constitucionalmente, “fijar las bases de un nuevo pacto de convivencia que permitiera al país salir del Neoliberalismo, recuperar la soberanía nacional sobre los recursos estratégicos y relanzar al Estado al primer plano de la coordinación social” (Correa, Rafael, 2013: 196). Desde este punto

de vista, la Constitución de 2008 marca el retorno de un “Estado activo” que articula, regula y promueve procesos económicos y sociales. Se abandonan los postulados liberales que defendían el “Estado mínimo” y, por así decirlo, se “arraigan” con fuerza constitucional derechos e instituciones jurídicas que abren el camino para una mayor intervención del Estado en la sociedad y economía. El Estado, por mandato constitucional, se obliga a proteger y satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales (DESC):

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes (Constitución del Ecuador, 2008).

En contraste con el constitucionalismo liberal clásico renuente a intervenir en asuntos económicos estimados como privados, la nueva Constitución crea instituciones destinadas a efectivizar los DESC o derechos del Buen Vivir: el sistema económico debe “garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el Buen Vivir” (Art.283 Const). Con igual cometido, el Artículo 27 señala: “El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución”. En resumen, desde la perspectiva de la Constitución de 2008, la regulación del sistema económico y la planificación para el desarrollo amplían la posibilidad de satisfacer los DESC.

Se elimina en la nueva Constitución la falsa dicotomía entre derechos garantizables y no-garantizables. Todos los derechos requieren la protección estatal. En los hechos prácticos, los derechos carecen de vigencia real en ausencia de un Estado que vele por su respeto o satisfacción. Un Estado débil no puede garantizar eficazmente ningún derecho, incluidos los civiles y políticos (Primera Generación). No debe ser apreciado el Estado únicamente como un “intruso” en la vida privada. Los derechos pueden ser garantizados si existe el Estado; el Estado es precondition de los derechos. Paradójicamente, cual curiosa corroboración de esta tesis, la Declaración de Independencia de E.E.U.U., país donde abundan las críticas al Estado y los DESC, afirma que “para asegurar los derechos se establecen gobiernos de los hombres.”

No es verdad, como argumentan teóricos liberales, que el derecho civil y políticos se satisfacen con la simple abstención estatal. Su vigencia genera gasto fiscal y dependen, también, de la necesaria intervención estatal, de una estructura que garantice su protección y goce (administrativa, judicial, policial, etc.). Negar esta realidad da lugar a posturas políticas que defienden la reducción del Estado o la disminución de impuestos. “Dicho de otro modo: la oposición entre mercado e intervencionismo estatal está erróneamente fundada, ya que el Estado interviene siempre.”(Gargarella, en Sunstein y Holmes, 2011: 12).

Incluso el funcionamiento de los mercados depende de un Estado que defina y proteja los derechos de propiedad, que arbitre el cumplimiento de los contratos. El Estado garantiza derechos de propiedad sobre bienes tangibles e intangibles (inmuebles, transporte, cuentas bancarias, marcas, patentes, acciones, etc.) La justicia civil, penal, societaria, financiera, etc., está en importante medida orientada a impedir la vulneración de los derechos de propiedad. La coerción ejercida por la autoridad pública (administración, policía) para la conservación de la propiedad requiere también considerable gasto gubernamental (Robos, hurtos, ocupaciones ilegales, fraudes, destrucción de bienes muebles e inmuebles).

Sin leyes, sin presupuesto y sin administración pública que vele por el cumplimiento de los derechos de propiedad, simplemente no hay mercado. Individuos y mercados necesitan al Estado. Del mismo modo que existen derechos indispensables para la supervivencia de la economía liberal, hay derechos esenciales para el pleno desarrollo de la vida humana que el Estado debe garantizar. Se necesita y justifica la prestación estatal de los DESC todavía más cuando el mercado no produce o distribuye bienes fundamentales a las personas: “se denominan fallos del mercado y constituyen un argumento a favor de la intervención del Estado” (Stiglitz, 2000: 92).

La Constitución de 2008 rechazó también el argumento liberal de la no exigibilidad judicial de los derechos sociales. Sin garantías jurisdiccionales a los derechos estos no merecen tal calificativo; en los hechos reales, se transforman en simples enunciados sobre el papel, en declaraciones de buenas intenciones. Corrigiendo tal despropósito, la Constitución preceptúa igual estatus jurídico para los derechos civiles y políticos y los DESC.

Fue siempre preocupación del constitucionalismo liberal la “excesiva o inconveniente” interferencia del poder judicial en las finanzas estatales, sin embargo, los jueces cuentan con muchas respuestas posibles para asegurar el cumplimiento de un derecho. Pueden, por ejemplo, convocar a una audiencia pública para que la administración nacional o local plantee modos de resolver determinado problema o responda a un requerimiento ciudadano. Dicha intervención judicial es, de hecho, inexcusable para los jueces e inevitable para los servidores públicos por cuanto las políticas públicas, conforme al artículo 85 de la Constitución, garantizan derechos.

Los detractores de los derechos sociales se oponen, además, a la judicialización de los DESC por su supuesto carácter exclusivamente prestacional. Según ellos, la satisfacción de los DESC comporta al Estado únicamente obligaciones positivas, es decir, “de hacer”, que implican erogación de recursos presupuestarios. Esto no ocurre, alegan, con los derechos civiles y políticos pues sólo obligan negativamente al Estado, se cumplen por abstención o “no hacer” (propiedad, libertad). Concluyen, consiguientemente, que al juzgar derechos sociales los tribunales interfieren “anti-técnicamente” en temas económicos reservados al poder ejecutivo o legislativo (tributos, planificación presupuestaria).

Expuestos los argumentos liberales, conviene realizar algunas precisiones. Primeramente, retomando lo escrito en líneas precedentes, es falso que los derechos civiles y políticos se garanticen con la simple abstención estatal: son derechos que exigen participación gubernamental y reclaman erogación financiera. En segundo lugar, los DESC si obligan negativamente al Estado y demandan con frecuencia un “no hacer” de la administración pública. Por ejemplo, se puede exigir judicialmente a una empresa pública no contaminar un río (Derecho a la salud) o abstenerse de construir infraestructura en sitios considerados sagrados por una comunidad indígena (Derecho a la cultura Art. 57 N-12 Const.).

La vigencia de todos los derechos comporta obligaciones positivas y negativas del Estado. Como referencia, la satisfacción del derecho a la vivienda puede concretarse, inicialmente, a través de una prestación positiva gubernamental, sin embargo, posteriormente el derecho a la propiedad de la vivienda obliga a abstenciones estatales y de terceros.

La estructura de los DESC, y de los derechos civiles y políticos, se revela como un sistema de obligaciones negativas y positivas. Quizá el carácter positivo-prestacional sea el aspecto más visible de los DESC; aquello no se pone en duda, sin embargo, no cabe sostener que toda obligación positiva requiere ingentes recursos del erario público. No todos los fallos de los tribunales comprometen financieramente al gobierno. Hay otras decisiones judiciales que obligan positivamente al Estado, por ejemplo:

- a) Que el Estado establezca regulaciones para el ejercicio de un derecho.
- b) Disponer que la administración se ocupe de un problema.
- c) Que el gobierno imponga restricciones u obligaciones a terceros.

En definitiva, si realmente tenemos un derecho, debemos tener una acción judicial que lo tutele. El acceso a un recurso judicial efectivo es también un derecho (Art. 86, Art. 11 N-3, Arts.75, 168, 169 de la Constitución).

Matrices sociopolíticas e ideológicas diferentes generaron derechos adecuados al momento histórico de su nacimiento. De ahí la distorsión, a veces mal entendida, entre derechos civiles y políticos y DESC. Que aún no exista para los DESC una estructura garantista análoga a los creados por el derecho liberal, no hace imposible su defensa en sede judicial. Como se explicó, la Constitución de 2008 abrió el camino hacia la plena vigencia de los DESC: todos los derechos adquieren igual jerarquía y los mismos mecanismos de exigibilidad. La ratificación del Protocolo Facultativo del PIDESC, que determina los mecanismos para la comunicación de violaciones, confirma la voluntad del Estado ecuatoriano para obedecer el mandato constitucional y continuar trabajando por su materialización.

2. La Importancia del Bloque de Constitucionalidad para la Garantía de los DESC: la Experiencia Internacional.

Creo justamente que hoy no puede hablarse decentemente de democracia, de igualdad, de garantías y de universalidad de los derechos humanos si no tomamos finalmente “en serio” – según la feliz expresión de Ronald Dworkin – la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966; si continuamos encerrándonos en los confines estatales de nuestras democracias (...) (Ferrajoli, 2010: 38).

De acuerdo a Ferrajoli, el paradigma de la “democracia constitucional”, fundamento del constitucionalismo moderno, nace entre los años 1945 y 1949, como respuesta a la catástrofe humanitaria generada por el Nazismo y Fascismo: “se comprende que el consenso de masas sobre el cual estaba fundada la dictadura fascista, aunque sea mayoritario, no puede ser la única fuente de legitimación del poder” (Ferrajoli, 2010: 28). Para decirlo de forma clara, se recupera con vigor la idea originaria del constitucionalismo como límite y vínculo del poder estatal, sostenido, en el caso de los fascismos europeos, por mayorías transitorias. Nuevamente, todos los poderes públicos debían sujetarse a los derechos fundamentales establecidos en las Constituciones nacionales y “en ese embrión de Constitución mundial constituido por la Carta de las Naciones Unidas y la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*” (Ferrajoli, 2010: 29).

Vividos los hechos, la nueva “democracia constitucional” exigía “rigidez” de las Constituciones estatales, esto es, sólo podían reformarse o derogarse por procedimientos especiales rigurosos y complejos. Al mismo tiempo, las leyes, entendidas como garantías primarias de los derechos fundamentales, debían someterse al control de tribunales constitucionales. Precisamente, tal control jurisdiccional constitucional de las leyes se revelaba necesario ante el temor a los “excesos” de efímeras mayorías en sede parlamentaria. Los procedimientos formales para la promulgación de leyes no eran suficientes, se tornaba indispensable adecuar las leyes al contenido constitucional. Empieza a cambiar de este modo la naturaleza de la democracia: “la constitución rígida de los derechos fundamentales (...) ha insertado en la democracia una dimensión ‘sustancial’, que se agrega a la tradicional dimensión ‘política’ meramente ‘formal’ o ‘procedimental’” (Ferrajoli, 2010: 31-31).

Asistimos, en conclusión, desde aquella época (1945-1949) a un proceso de constitucionalización del derecho y la democracia. Del derecho porque claramente busca vincular la legislación y las mayorías legislativas a los derechos fundamentales consagrados en el Bloque de constitucionalidad. De la democracia, porque el “constitucionalismo de los derechos”, además de impedir abusos a los más débiles, pretende ampliar el conjunto de libertades y capacidades de los sujetos excluidos del “juego político” de la democracia formal.

Los derechos fundamentales – desde el derecho a la vida, pasando por los derechos de libertad, hasta los derechos sociales a la salud, al trabajo, a la educación y a la subsistencia – siempre se han afirmado como la *ley del más débil*, como alternativa a la ley del más fuerte, que regía y regiría en su ausencia: de quien es más fuerte económicamente como en el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente como en la comunidad internacional (Ferrajoli, 2010: 36).

En otras palabras, la democracia constitucional busca extender el ideal democrático más allá del ámbito de la representación. Se concibe la democracia como modo de vida y no sólo como sistema electoral. Al olvidar las aspiraciones sustanciales de la democracia, se puede fácilmente vivir una suerte de “fanatismo electoral” que esconda o legitime realidades anti-libertarias. Esto sucedió no sólo en Alemania o Italia. Gobiernos totalitarios, dogmáticos o corruptos “legalizaron” su permanencia en la conducción estatal a través de procedimientos y formalismos aparentemente democráticos. Si la representación mayoritaria que detenta el poder excluye y persigue a las minorías, o conserva y reproduce la inequidad social, nos alejamos de los ideales democráticos para caer precipitadamente en un abismo de vacíos formalismos legales y electorales que, lamentablemente, justifican posiciones intolerantes o discriminatorias.

Aunque con tropiezos, la idea del “constitucionalismo democrático” como sistema de vínculos y garantías, avanzó hacia su consolidación y perfeccionamiento en numerosos países europeos. Sus rasgos sobresalientes se resumen en los siguientes aspectos: a) Constitución rígida; b) Garantía jurisdiccional de la Constitución; c) Fuerza vinculante de la Constitución, esto significa que todas las normas producen efectos jurídicos y pueden ser aplicadas por los tribunales; d) Interpretación extensa de las normas para regular cualquier aspecto de la vida social; e) Aplicación directa de la Constitución entre particulares o frente al Estado; f) Adecuación de todas las leyes y normas inferiores a la Constitución; g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (deliberación basada en derechos) (Guastini, 2009: 50-58).

Estas características del constitucionalismo moderno no son incorporadas por los Estados nacionales en idéntica forma ni con la misma fuerza expansiva y vinculante. De acuerdo a sus respectivas tradiciones jurídicas y políticas, consagran constitucionalmente catálogos de derechos más o menos amplios y los sistemas de garantías o mecanismos de exigibilidad varían en estructura y proceso. Si bien algunas

naciones reconocieron inmediatamente las normas y garantías relacionadas con los derechos sociales, no pocos países se resistieron a su constitucionalización completa, es decir, fueron incorporados como declaraciones sobre el papel, desprovistos de garantías efectivas. Este segundo fenómeno – reconocimiento cercenado- fue particularmente notable en las Constituciones americanas. Incluso, países como Estados Unidos, con arraigada tradición liberal, se opusieron abiertamente a cualquier forma de consagración constitucional. De hecho, en 1954, el presidente Truman intentó promover una enmienda para reconocer derechos sociales (Economic Bill of Rights), pero no fue aceptada. E.E.U.U suscribió el Pacto de los DESC el 5 de octubre de 1977, pero aún no lo ratifica. (Ávila, 2009: 457).

Como efecto del rechazo a su positivización constitucional, los DESC en Estados Unidos han enfrentado severas restricciones a su ejercicio. Ocasionalmente, los obstáculos que impiden su exigibilidad han sido superados gracias a estrategias de litigación indirectas, es decir, fundamentadas en derechos civiles y políticos. Por ejemplo, para proteger el derecho a la salud se recurre al derecho a la vida, o se demanda el derecho a la no discriminación para garantizar el derecho a la educación. Esta defensa indirecta es iniciada por abogados que adoptan la estrategia o por jueces “activistas” comprometidos con la vigencia de los derechos fundamentales. Justamente, aquello sucedió durante un período destacado de la historia judicial estadounidense (1953-1969) cuando la Corte Warren (Llamada así por su presidente Earl Warren) impulsó la protección judicial de los derechos sociales. Es emblemático, como ejemplo, el caso *Brown* que confirmó el derecho de los afroamericanos a recibir educación sin segregación. Con esta resolución, la Corte fijó estándares que obligaron al rediseño de las políticas públicas en educación.

La defensa por conexidad (defensa de DESC recurriendo a derechos civiles y políticos) se ha empleado también en Latinoamérica. Generalmente esto sucede cuando ciertos derechos sociales no son aún consagrados constitucionalmente o ante la negativa de los poderes estatales (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) a concederles igual estatus jurídico que los derechos civiles y políticos. Los Estados suscriben tratados internacionales de derechos humanos pero no desarrollan estructuras garantistas equivalentes para ambas generaciones de derechos. Es frecuente, por las limitaciones existentes, encontrar casos relacionados con la salud, seguridad social, medioambiente

o cultura protegidos por medio de los derechos a la vida, a la no discriminación, a la integridad física o a la autonomía personal. Subsiste, en la práctica, la vieja disputa entre Estado Liberal (mínimo) y Estado Social.

Una “respuesta-solución” para las dificultades interpuestas a la plena garantía de todos los derechos, incluidos los sociales, fue planteada por la doctrina francesa cuando en 1971 el Consejo Constitucional Francés reconoció que las normas con rango constitucional (derechos fundamentales) no necesariamente se hallaban escritas en la Constitución codificada. El Consejo pretendía de este modo fijar definitivamente el estatus constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. El constitucionalismo francés asumió desde entonces la existencia operativa de un “Bloque de Constitucionalidad” (Bloc de Constitutionnalité).

El aporte francés al constitucionalismo moderno llegó a Latinoamérica en la década de los noventa. Países como Colombia (1991) y Argentina (1994) normaron en el texto constitucional la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden jurídico interno. Cortes y defensores de ambas naciones aprovecharon el establecimiento escrito y empleo jurisprudencial del Bloque para proteger derechos sociales fundamentales. Por ejemplo en Argentina:

La consagración plena del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional ha tenido lugar indirectamente, a través de la concesión de jerarquía constitucional a una serie de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75 inciso 22. Varios de estos instrumentos incorporan expresamente el derecho a la salud y mencionan su alcance, mandatos para el Estado, objetivos y metas de política pública en la materia y recaudos específicos referidos a grupos que requieren especial protección (Courtis, 2009: 119).

Otros DESC que no constaban en el texto constitucional argentino, como el derecho a la alimentación o el derecho al agua, fueron exigidos y amparados con la misma argumentación cimentada en la vigencia del Bloque de Constitucionalidad.

En Ecuador la Constitución de 1998 incorpora en su texto normas expresas para procurar el “libre y eficaz ejercicio” de los derechos humanos consagrados en las “declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes” (Art.17). El artículo 18 dispone que los instrumentos internacionales de derechos

humanos serán “directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”. Determina, además, el artículo 163 que las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, entre ellos los que reconocen derechos humanos, “prevalecerán sobre las leyes”. El desarrollo jurisprudencial posterior asumirá, también, la doctrina del Bloque de Constitucionalidad en las decisiones judiciales. La resolución 001-2004-DI del Tribunal Constitucional (R.O- 374, 9-VII-2004) define así el Bloque:

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 que respetan sus preceptos, y por lo tanto pasan a interpretarse dentro de la normativa con máxima jerarquía.

De este modo, jueces y accionante se hallaban constitucionalmente y jurisprudencialmente facultados para exigir la aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Algunos jueces reconocieron completamente los contenidos y estándares de derechos económicos, sociales y culturales. Incluso, por efecto de sus sentencias incidieron en el re-direccionamiento de políticas públicas. Es emblemática, en este sentido, la Resolución N- 0749-2003-RA de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional (Alarcón, 2009: 628-634). En este caso, la Sala obliga positivamente al Estado a entregar medicamentos a los enfermos de VIH/SIDA, en virtud de compromisos internacionales adquiridos. Por su estrecha relación con los objetivos de la investigación, transcribimos algunas partes de la Resolución:

QUINTO: (...) El derecho a la salud otorga a los ciudadanos la facultad para demandar que el Estado no sólo adopte las políticas, planes y programas en materia de salud general, tal como ocurre en el caso de enfermedades o epidemias, sino que se obligue a crear normativas, realizar investigaciones, establecer políticas creando las entidades pertinentes y ponerlas a disposición de la población.

SEXTO: (...) el Ecuador es suscriptor de la Declaración de Compromiso de la Lucha contra el VIH/SIDA, instrumento que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 27 de junio del 2001, y en el que los Estados se comprometen a proporcionar tratamiento a todos los infectados (párrafo 94) y en el 2003 a establecer o fortalecer sistemas eficaces de supervisión promoción y protección de los derechos humanos de las personas que viven con VIH/SIDA.

OCTAVO: (...) El acto de autoridad viola derechos consagrados en la Constitución, y en instrumentos internacionales ratificados por el país, que forman parte de nuestra legislación interna, por mandato del artículo 163 de la

Carta Suprema, como lo son los derechos sociales positivizados, que constituyen normas inmediatamente exigibles, con pleno valor jurídico y que resultan vinculantes para los poderes públicos que tienen obligaciones como sujetos pasivos.

En general, la doctrina del Bloque de Constitucionalidad fortaleció la defensa activista de los derechos sociales en América Latina. Nuevas posibilidades y recursos jurídicos alentaron el litigio comprometido con el cumplimiento de los DESC. Cortes y grupos progresistas denunciaron violaciones, impulsaron reformas legales e institucionales o buscaron incidir en la formulación de políticas públicas.

La utilización de instrumentos y mecanismos del derecho internacional de los derechos humanos como forma de presión política frente a las dictaduras. La judicialización de las políticas ocurre, sobre todo, porque el ciudadano cree que sus derechos no son garantizados efectivamente por los poderes Ejecutivo o Legislativo. Los resultados del litigio pueden, en mayor o menor medida, afectar el curso de las políticas públicas. Cuando se activa una demanda por los DESC, no siempre hay una intervención directa del Juez en determinado sentido, más bien se pretende abrir espacios institucionales de diálogo, es decir, participar en espacios cerrados por consideraciones políticas o “técnicas”.

La participación ciudadana en sede judicial puede transformarse en importante instrumento para la construcción de políticas públicas. Como lo explica Reinaldo de Lima López, ejemplo de esto es el caso de la seguridad social brasileña: “Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses y derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre” (Citado en, Abramovich y Courtis, 2002: 44) Desde esta perspectiva, la defensa de los derechos enriquece la deliberación democrática acerca de los asuntos públicos. Los ciudadanos usan el lenguaje de los derechos para despertar el interés público por problemas insuficientemente divulgados o debatidos. Cortes Constitucionales de varios países han estimado esencial abrir espacios de deliberación entre los poderes públicos y la ciudadanía. La deliberación, entendida como un proceso de involucramiento ciudadano en las instancias decisorias, refuerza la calidad de la democracia. La deliberación desde los derechos amplía la esfera de la política, abre oportunidades de innovación o

corrección y posibilita un tipo de relación entre los ciudadanos y los poderes públicos equilibrado por la mediación judicial.

3. La fuerza expansiva del Bloque de Constitucionalidad a partir de 2008.

Cuanto mayor sea la fuerza con la que los derechos fundamentales penetran todo el sistema jurídico, con tanta mayor frecuencia se extiende su influencia más allá de la relación vertical entre el ciudadano individual y el Estado hasta las relaciones horizontales de los ciudadanos entre sí. (Habermas, 2012: 20).

La Constitución democrática establece entre el derecho privado y el catálogo ampliado de derechos fundamentales una conexión que resulta obligatoria para el derecho privado y que deja además su poso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (basada en la doctrina de la “irradiación” o de la “eficacia frente a terceros” de los derechos fundamentales) (Habermas, 2010: 485).

El constitucionalismo moderno (posterior a la Segunda Guerra Mundial) emerge como respuesta a una visión excesivamente formalista y procedimental de la democracia. De cierta manera, el constitucionalismo moderno redescubre la importancia de la Constitución para garantizar “la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios negados por el fascismo” (Ferrajoli, 2010: 28). La nueva propuesta constitucional (1945-1949) se dirige a buscar la “rigidez” de las Cartas Supremas mediante procedimientos agravados de reforma (candado constitucional) y controles especiales (Tribunal Constitucional). Se pretende de este modo la sujeción de todos los poderes a los derechos constitucionales, incluso el legislativo.

Y ello dado que no existía en el imaginario de los juristas y en el sentido común, hasta hace cincuenta años, la idea de una ley por encima de las leyes, o bien de un derecho por encima del derecho. Era inconcebible que una ley pudiese limitar a la ley, siendo la ley – este era el paradigma iuspositivista de la modernidad jurídica – la única fuente, y por ello omnipotente, del derecho: ya fuese concebida como producto de la voluntad del soberano, o legitimada como la expresión de la mayoría parlamentaria (Ferrajoli, 2010: 30).

Desde aquella época, en consecuencia, cabe hablar del paulatino fortalecimiento del Estado Constitucional y el debilitamiento, incómodo para algunos, del Estado legislativo asentado sobre mecanismos formales destinados a consolidar el poder de las mayorías parlamentarias. Cambian así las condiciones de validez de las leyes pues ya no dependen, solamente, del procedimiento formal parlamentario, sino, además, de su

adecuación a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Los principios de justicia constitucional, vistos antes como inoperantes postulados políticos, encuentran en el nuevo diseño democrático constitucional la fuerza para expandirse en todo el ordenamiento jurídico y en toda acción de los poderes públicos.

Aunque lentamente y con interrupciones, Ecuador se adhirió al proceso de fortalecimiento constitucional. En 1945 se crea al Tribunal de Garantías Constitucionales, desaparece en 1946 y retorna con la Constitución de 1967. Algunas de sus competencias se transfieren a la Corte Suprema de Justicia en 1983 y 1992.

Luego de décadas de existencia, sólo las reformas constitucionales de 1995 otorgaron al Tribunal Constitucional la facultad de decidir en última instancia sobre acciones de inconstitucionalidad. No obstante este evidente progreso en materia de Control Constitucional, la Constitución de 1998 aún mantuvo al poder legislativo como el intérprete final de la Constitución (Art. 130 N-4 y Art.284 Const. 1998). Transcurrieron 10 años y:

La Constitución de 2008 concluye este proceso evolutivo en el Derecho Constitucional ecuatoriano. A diferencia de todas las constituciones anteriores que de una u otra forma otorgaron al Congreso la facultad de interpretar la Constitución de forma general y obligatoria, el artículo 429 de la Constitución vigente, en línea con el constitucionalismo actual, atribuye esa función a la Corte Constitucional (Grijalva, 2011: 216).

De este modo, el poder legislativo y la ley como fuente tradicional del derecho pierden centralidad; empieza así a tomar forma el Estado Constitucional de Derechos (Art. 1 Const. 2008). Las resoluciones de los Tribunales Constitucionales anteriores, en los hechos prácticos, se transformaban en “recomendaciones de cumplimiento” dirigidas al intérprete final: el legislador. Los artículos 429 y 436 de la Constitución de 2008 modifican la situación al convertir a la Corte Constitucional en el *máximo intérprete de la Constitución*:

“Art.429.-La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

Art.436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiere 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. (...) (Constitución del Ecuador, 2008).

La Constitución vigente confiere a la Corte la facultad de máximo intérprete pero no de único intérprete. Los derechos son de todos, y todos los pueden interpretar. “Es en esta titularidad común, según creo, donde reside el sentido de la democracia y de la soberanía popular” (Ferrajoli, 2010: 33). Todas las instituciones estatales, y todos los ciudadanos, legisladores y jueces, mayorías y minorías, en toda sociedad democrática, deben deliberar sobre el sentido, alcance y contenido de sus derechos fundamentales. Se busca, de esa manera, que los derechos fundamentales *inunden* el sistema político y social, *impregnen* las instituciones informales y formales e *irradien* sobre todos los ciudadanos del Estado. Es la nueva *Fuerza Expansiva* del Bloque de Constitucionalidad.

En virtud de esta fuerza expansiva el Estado ecuatoriano pretende transformarse en Estado Constitucional de Derechos y Justicia (Art.1 Const.). Los ciudadanos interpretan la Constitución para exigir y cumplir derechos. Los poderes públicos interpretan para abstenerse de vulnerar o garantizar derechos fundamentales. En el caso de los poderes públicos, los nuevos escenarios de interpretación se manifiestan formalmente en el artículo 11 N-5 del texto constitucional: “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 a su plena vigencia.”

La sujeción de todos los actos del poder público a los derechos constitucionales se encuentra, además, consagrado en el siguiente articulado: Art. 3 N-1, Art.11 N-9, Art. 84, Art. 85, Art. 88, Art. 172, Art. 226, Art. 275, Art. 319, Art. 424, Art. 425 y Art. 426. En el mismo sentido, varios artículos de la Carta Suprema estipulan la obligación que tienen las instituciones y autoridades estatales de sujetarse a los instrumentos internacionales de derechos humanos, estos son: Art. 3, Art. 10, Art. 11 N-3, Art. 41, Art. 57, Art.58, Art. 171, Art. 172, Art. 424 y Art. 426.

Como se ha dicho en anteriores páginas, la constitucionalización del Estado persigue, ante todo, lograr mejores condiciones de protección, aplicabilidad y satisfacción de los derechos fundamentales. La Constitución pasa así a configurar un sistema de garantías que sirve de instrumento a la concreción de todos los derechos fundamentales.

A partir de 2008, la garantía “reforzada” de los derechos fundamentales es el fin del Estado Constitucional ecuatoriano. Las garantías, por ende, no son sólo competencia del poder jurisdiccional sino de todos los poderes públicos. La fuerza garantista expansiva de la Constitución abarca toda acción estatal. Específicamente, se refieren a las garantías constitucionales los artículos 84 (garantías normativas), 85 (políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana) y 86 (garantías jurisdiccionales). Además, otros artículos reiteran la obligación de garantizar derechos que asumen los servidores públicos: Art. 11 numerales 3, 5, 8, 9. Art. 226 y Art. 426.

No existe, en otras palabras, poder del Estado que no sea garante de los derechos reconocidos en la Constitución, y tampoco existe derecho alguno que no pueda ser exigido. De esta forma, el enunciado de que el máximo deber del Estado es proteger los derechos (Art.11 N-9) cobra sentido (Ávila, 2008: 93).

A diferencia del Estado legi-céntrico, las normas del Bloque de Constitucionalidad, esto es, los derechos del texto constitucional y los establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, se aplicarán directamente, sin necesidad de previo desarrollo legislativo. No podrá alegarse falta de ley interna (nacional) para justificar su incumplimiento. Tampoco puede alegarse desconocimiento del alcance y contenido de los derechos. Precisamente, por esta razón la fijación normativa, jurisprudencial y doctrinal del Bloque de Constitucionalidad es esencial para la plasmación del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Conforme al artículo 426 de la Constitución, juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos se encuentran obligados a conocer y aplicar los estándares internacionales de derechos humanos. Incluso la jurisprudencia internacional debe observarse al momento de interpretar o aplicar el derecho y su ejecución puede ser demandada mediante acción que “tendrá por objeto garantizar (...) el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos” (Art. 93 Const.).

Dado que todas las personas, autoridades e instituciones del Ecuador están sujetas a los derechos (Art. 426 Const.), la fuerza expansiva del Bloque de Constitucionalidad actúa verticalmente y horizontalmente. Esto significa que el Estado (vertical) no es el único obligado a reconocer y respetar derechos sino, además, toda persona que, por su posición de poder, amenace vulnerar los derechos fundamentales de otra (horizontal). La Constitución si permite interponer acciones de protección en contra

de particulares (Art.88 Const.) El artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ratifica y desarrolla el “efecto expansivo horizontal” de los derechos:

La acción de protección procede contra:

N – 4.- Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:

- 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 de cualquier otro tipo.

N – 5.- Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona (LOGJCC).

La acción de protección constitucional procede “verticalmente” contra los poderes públicos “(...) por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales” (Art.88 Const.). El artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional amplía la explicación de la Carta Suprema:

La acción de protección (vertical) procede contra: (poderes públicos)

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 (LOGJCC).

La expansión de las garantías constitucionales incluye, también, una protección judicial eficaz e inmediata. Para alcanzar tal objetivo, todos los jueces y juezas son competentes para conocer las acciones constitucionales (Art. 7 Ley OGJCC). Los jueces y juezas de primer nivel las admiten y resuelven en primera instancia (Art. 167 Ley OGJCC) y las Cortes provinciales conocen los recursos de apelación (Art. 168 Ley OGJCC). “No se requerirá el patrocinio de una abogada o abogado para proponer la acción ni para apelar” (Art. 8 N-7 Ley OGJCC). Además, con este mismo afán

garantista, la Constitución consagró la *actio popularis* por la cual toda persona puede denunciar la violación de derechos que sufren otras personas (Art. 86 Const.).

Las legislaciones nacionales siempre limitaron las posibilidades de exigibilidad judicial de los DESC. Como se mencionó en el segundo capítulo, fueron barreras creadas por consideraciones políticas e ideológicas. Incluso el PIDESC no contemplaba mecanismos de comunicación de violaciones. La Constitución de 2008 corrige esta situación al disponer que todos los derechos tienen igual jerarquía y son plenamente justiciables (Art. 11 N- 3 y 6 Const.) Sin viabilidad de total exigibilidad judicial un derecho es una simple declaración de buenas intenciones.

Para los DESC son aplicables la mayoría de acciones constitucionales, sin embargo, admitida la importancia de su componente prestacional, es probable que la acción de protección y la acción de acceso a la información pública sean las adecuadas al momento de demandar su cumplimiento. Ambas acciones abren la vía hacia el conocimiento y evaluación de la gestión estatal. Toda política pública, nacional o local, puede ser sometida a escrutinio a través de dichas acciones constitucionales. “Qué más democrático y qué más garantista que cualquier persona pueda impugnar la política de un ministerio o de una entidad pública” (Ávila, 2012: 17).

La fuerza expansiva del Bloque de Constitucionalidad, la sujeción de todo poder (público o privado) a los derechos fundamentales, se consolida únicamente mediante un rol activo de la ciudadanía en defensa del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Basándose en esta realidad, el texto constitucional establece que la participación ciudadana “en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos” garantiza la protección de los derechos constitucionales. (Art. 85 N°3 Const.). No hay poderes obligados sin ciudadanos capaces de obligar:

(...) todo programa constitucional de garantías constitucionales, por más exhaustivo que fuera, resultaría incompleto, irrealista y, en última instancia, fútil sin la existencia de múltiples espacios de presión popular en condiciones de asegurarla socialmente a través de los poderes estatales, pero también más allá del Estado y, llegado el caso, en su contra (Pisarello, 2007: 122-123).

En tal sentido, la participación es un aspecto vital de la democracia constitucional por cuanto afirma y reivindica la titularidad de los derechos ciudadanos. La participación permite vigilar el cumplimiento de los derechos, exigir que las instituciones se

encuentren al servicio de los sujetos titulares. La defensa ciudadana de los derechos fomenta la deliberación acerca de los asuntos que les conciernen, incorpora al espacio público democrático las múltiples miradas sobre la “cuestión social”. Con este enfoque y pretensión, la participación es garantizada, fortalecida y desarrollada en numerosos artículos constitucionales.

Los ciudadanos y ciudadanas, según el Artículo 95 de la Constitución deben participar “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.” Al mismo tiempo, la noción de participación se amplía cuando la Constitución reconoce formas de participación directa que complementan los mecanismos propios de la democracia representativa: “Para el ejercicio de esta participación se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía” (Art.100 Const.). El artículo 101 procura dar continuidad a la participación creando la figura de la silla vacía. Para fomentar la participación directa en todos los niveles de gobierno, el artículo 102 determina la posibilidad, individual o colectiva, de presentar propuestas y proyectos usando los mecanismos señalados en la Constitución y las leyes.

La Constitución reconoce también la necesidad de organizar la participación ciudadana. Precisamente, los artículos 96, 97, 98 y 99 se refieren a la participación de organizaciones de la sociedad civil y a las acciones individuales o colectivas ante una eventual vulneración de derechos.

Merece, así mismo, especial atención la creación de los Consejos Nacionales de Igualdad (Art. 156 y 157) como instancias de participación con enfoque en derechos humanos. Los Consejos “son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos” (Art. 156 Const.)

Al establecerse la Función de Transparencia y Control Social, se dispone que el eje articulador del nuevo poder estatal es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social compuesto por siete consejeros o consejeras; las candidaturas para su integración la presentan las organizaciones sociales y la ciudadanía. El artículo 207

señala que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá “el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley.”

Los deberes y atribuciones del Consejo de Participación se especifican en el artículo 208. Otras disposiciones relativas a su funcionamiento se mencionan en los artículos 209 y 210. Todos los principios, naturaleza, ámbitos y más componentes del Consejo son expuestos extensamente en la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana. El contenido de los derechos y mecanismos de participación se desarrollan en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana. Son relevantes para comprender mejor la perfeccionada noción de participación los artículos: 5, 6, 7, 15, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 30, 41, 47, 48, 50, 52, 54, 56, 58, 66, 67, 68, 73, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82 y 88.

4. El Desafío Esencial del Estado Constitucional Ecuatoriano: Mejores Garantías, más Democracia.

“A ellos no les importa violar la ley. Entonces ¿qué le queda al pueblo, qué le queda al ciudadano común y corriente, qué le queda al padre, a la familia, qué le queda a Pedro Restrepo? Dos caminos: considerarse impotente ante todo poder institucionalizado y hacer lo que la mayoría de la gente hace, mirar al cielo y pedir resignación, decir ‘no puedo mis fuerzas no dan hasta allá’ o simplemente decir y hacer lo que estamos haciendo: “Son nuestros hijos, es un crimen atroz, es una injusticia y tenemos que saber de ellos”.

¿Con qué herramientas?

Con las que tenemos: con la verdad, con el amor, la decisión, con la inteligencia, con la voz, con la bulla, con las acciones, con el derecho al pataleo y ante todo con la tenacidad para que no se quede impune.

(...) Desde hace mucho tiempo atrás, personalmente me convencí de que la única forma de que pasara algo era reclamando afuera, en la calle.” (Restrepo, Pedro; Entrevista realizada el 29 de marzo de 1996, en Kimerling, 1996: 154 - 156).

Garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales es la obligación y, a la vez, el desafío esencial del Estado ecuatoriano a partir de la Constitución de 2008. La fuerza expansiva del Bloque de Constitucionalidad opera en este sentido: se diseñan nuevas instituciones y procedimientos que permitan la *inundación* constitucional del sistema estatal. La misma Constitución busca ser sistémica para lograr el propósito: todos los

derechos son indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, se ata, además, la parte dogmática (declaración de derechos y garantías) al contenido orgánico (instituciones y procedimientos). Como consecuencia de tal planteamiento sistémico, los DESC o Derechos del Buen Vivir se vinculan, en procura de su eficacia práctica, con el Régimen del Buen Vivir. Con igual objetivo, las garantías se conciben de manera integral, sin restringirlas a lo judicial: todas las garantías se articulan y requieren mutuamente para alcanzar mejores niveles de protección. Las garantías primarias (Art. 84 Const.) obligan a la adecuación, formal y sustancial, de todo acto normativo a los derechos previstos en el Bloque de Constitucionalidad. Mediante la garantía de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, se pretende la sujeción de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales (Art. 85 Const.) Por las garantías jurisdiccionales todo poder, público o privado, se somete al control de los jueces.

Ciertamente, sería ingenuo atribuir a la fuerza expansiva del Bloque de Constitucionalidad toda la capacidad de generar su propia eficacia garantista, sin embargo también sería absurdo despreciar el cúmulo de posibilidades plasmadoras que ofrece la nueva institucionalidad constitucional construida a partir de 2008. Precisamente, el constitucionalismo y las constituciones nacen, como teoría y técnica, por el afán social de configurar un ordenamiento institucional que viabilice la plasmación de la justicia y libertad. Desde la antigüedad a nuestros días el contenido constitucional ha sido básicamente anhelante y más o menos eficaz según el contexto temporal, político o material. El Bloque de Constitucionalidad es un instrumento, como existen otros, destinado al servicio de los ciudadanos, a la concreción de sus aspiraciones libertarias e igualitarias. En defensa del constitucionalismo democrático, puede sostenerse que una constatable eficacia garantista de no pocos derechos civiles y políticos fundamentales ha dependido de su previa consagración en el texto constitucional. De hecho, las primeras constituciones históricas tomaron forma para proteger estos derechos (Primera Generación). En el caso ecuatoriano, por ejemplo, el progresivo reconocimiento constitucional de los derechos de participación política transformó las instituciones de representación y la legislación electoral; a partir de dichos cambios se generaron procesos de apertura a nuevos actores y visiones. Las normas constitucionales modificaron así el ejercicio democrático ecuatoriano.

Del mismo modo que la Constitución abre las puertas a la transformación, también puede cerrarlas: en algunos países los vacíos o límites constitucionales han devenido en obstáculos para la concreción de los DESC. Naciones con constituciones poco sociales “como los Estados Unidos o Chile, han mostrado más dificultades para desarrollar – especialmente a través de la intervención del poder judicial – políticas sociales” (Gargarella, 2011: 97).

En Ecuador el marco constitucional garantista crea un escenario favorable para la plasmación de los DESC. Cualquier duda respecto a su igualdad jerárquica y total justiciabilidad ha sido completamente desvanecida. Desde los primeros artículos constitucionales se establece la obligación estatal de garantizar los derechos fundamentales “en particular (los DESC) la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para su habitantes” (Art. 3 Const.). Los DESC son apreciados como derechos esenciales para el Buen Vivir y, bajo tal denominación, catalogados antes de los civiles y políticos, no posteriores o secundarios como en las precedentes constituciones.

El referido carácter sistémico de la Constitución abona, también, el terreno para la germinación y desarrollo de los DESC. Al parecer la Asamblea Constituyente advirtió, plausiblemente, la necesidad de vincular la adecuada satisfacción de los Derechos del Buen Vivir con la construcción de nuevas instituciones económicas, políticas y sociales (Art. 275 Const.). Aparte de los numerosos artículos que directa e indirectamente abordan el tema (Ej.: 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 319, 321, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 336, 337, 338, 339), la Constitución configura el Régimen del Buen Vivir para el específico fomento de la mayoría de DESC.

En síntesis, observada desde cualquier ángulo, la Constitución deja traslucir el marcado interés de la Asamblea Constituyente por diseñar herramientas que contribuyan a la materialización de los DESC. Es evidente la voluntad de convertir al Bloque de Constitucionalidad en instrumento de su concreción. Una suerte de “garantismo sistémico” de los derechos sociales está en marcha desde 2008. Sin espacio para la duda, la nueva institucionalidad constitucional garantista erigida es necesaria pero no suficiente. Al final, el Bloque de Constitucionalidad es un instrumento empleado por sociedades humanas y, en tanto humanas, atadas a intereses y conflictos: “Una

Constitución no puede florecer en cualquier contexto, y mucho menos en contextos políticos, legales, sociales o económicos que le sean hostiles” (Gargarella, 2011: 106). De ahí que sea indispensable separar la acción gubernamental de la disposición constitucional. Tampoco cabe afirmar, a priori, falta de voluntad política al momento aplicarla, pero sí, quizá, insuficiencia de la gestión estatal. Por tal motivo el involucramiento ciudadano en la “formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas” (Art. 85 N-3 Const.) es consustancial a la eficacia práctica del Bloque de Constitucionalidad.

Un pertinente y oportuno goce de los derechos sociales requiere alguna forma de participación ciudadana en todo el ciclo de la política pública. Se participa para expresar aspiraciones y observaciones, compartir propuestas, “identificar los problemas públicos, definir sus componentes y causas” (Aguilar, 2008: 43), demandar de los funcionarios estatales el cumplimiento de sus obligaciones, “descubrir las oportunidades y recursos sociales desaprovechados, decidir y actuar corresponsablemente en consecuencia” (Aguilar, 2008: 43).

Los gobiernos no pueden, ni deben, caer atrapados en la red de la falsa contradicción, de la ilusoria dicotomía, entre “conocimiento experto” y “conocimiento social”. La distinción entre el “conocimiento válido” (episteme) y el “basado en la vivencia y la costumbre” (pistis) se halla muy presente en la comunidad científica moderna y, con frecuencia, también en el ámbito de las políticas públicas. La participación amplía la esfera de la política, abre oportunidades de innovación, permite un tipo de relación entre la sociedad y el Estado que, basada en proyectos compartidos, genera un campo de cooperación creativa y dinámica.

Dada la complejidad de muchos problemas sociales, los poderes públicos deben incorporar la misma complejidad al formular políticas públicas. No caben soluciones simples a problemas profundos e integrales. “Estas complejidades crecientes requieren nuevas fuentes de experiencia, lo que hace al gobierno más dependiente de fuentes externas de conocimiento” (Peters y Pierre, 2005: 51). Resolver los nuevos problemas sociales implica ser receptivos a la experiencia histórica y saberes ancestrales de las comunidades originarias, a los sucesos contemporáneos, a la vivencia práctica y real de los pueblos, a percibir contextos, ideas y situaciones dentro de múltiples relaciones. La acción de las autoridades estatales debe tener en cuenta la totalidad de las

circunstancias, interpretar los hechos y plantear soluciones dentro de un contexto que los condiciona. “Gobernar problemas y oportunidades sociopolíticos requiere claridad sobre la naturaleza de las interacciones implicadas en la resolución de un problema o en la creación de una oportunidad” (Kooiman, 2005: 64). La participación posibilita a los entes estatales una visión sistémica de los asuntos públicos, un reconocimiento de los límites del conocimiento “técnico” y la incorporación en la construcción de las políticas públicas de los recursos y capacidades ciudadanas.

Si continuamos separando el “saber científico” del “saber ciudadano”, el “conocimiento experto” del “conocimiento popular vivencial”, las políticas públicas pueden complicar los problemas en lugar de solucionarlos. ¡Las soluciones a los problemas de Todos las encontramos Todos! Básicamente, se trata de un cambio en la manera de gobernar, pasar de un modelo jerárquico-burocrático-unidireccional, “hacia un modelo bidireccional en el que se tienen en consideración aspectos, problemas y oportunidades tanto del sistema de gobierno como del sistema a gobernar” (Kooiman, 2005: 60). No hay realidad que podamos comprender de manera unidimensional, por tal razón es necesario lograr una fecunda cooperación creativa entre los gobiernos y los ciudadanos; sumar, potenciar y orientar las capacidades, esfuerzos y aportes de múltiples actores de modo que los objetivos comunes sociales sean alcanzados. “La premisa del gobernar contemporáneo consiste en reconocer la productividad de los agentes dueños de los recursos necesarios para la dirección de la sociedad (...) y convocarlos a un trabajo conjunto” (Aguilar, 2008: 78). La construcción prudente y pertinente de una política pública requiere percibir la existencia de una multitud de variables enormemente interrelacionadas, sin embargo, precisamente, la lectura e interpretación de las necesarias y abundantes relaciones de las partes que conforman un Todo es, tal vez, la facultad que la excesiva confianza en el gobierno jerárquico-burocrático nos ha cercenado. El enfoque sistémico o abordaje global de la realidad demanda tiempo y superación de prejuicios pero permite, a quienes construyen políticas públicas, una perspectiva abierta a nuevas y, quizá, mejores soluciones a los problemas sociales. Este modo de gobernar requiere “reconocer la insuficiencia del actuar del gobierno (...) reconocer que (el Estado) necesita de los recursos y las acciones extra-gubernamentales” (Aguilar, 2008: 135).

Si los gobiernos consideran que viabilizar la representación a través del voto es la única función “democrática” de las personas, comprenden la democracia de manera limitada y limitante. No se puede, aunque así lo pretendan ciertos gobiernos, reducir el concepto de democracia a uno de sus mecanismos formales, a elecciones que otorgan un mandato. Justamente, la crítica de algunos sectores sociales a la democracia representativa surge por la pretensión de restringir el ejercicio democrático ciudadano a la habilitación para elegir y ser elegido. Tales sectores no plantean sustituir la importante función de la representación, sólo buscan alternativas que fortalezcan una fluida, oportuna y conveniente relación entre la sociedad y los gobiernos locales o nacionales. Una intensa actividad participativa puede complementar eficazmente el rol electoral representativo de los partidos y movimientos políticos creando canales de comunicación para la articulación, agrupación y exposición de propuestas u objeciones insuficientemente o inadecuadamente atendidos. Este resultado de la participación es particularmente deseable para los grupos tradicionalmente excluidos como las minorías sociales, étnicas y culturales. Los derechos de participación se convierten, de este modo, en barreras constitucionales frente a los peligros de las “mayorías omnipotentes”. Mayorías transitorias pueden conculcar libertades, arrasar con las garantías procesales, perseguir minorías o acallar el disenso. Desafortunadamente, la experiencia histórica así lo demuestra.

El poder de las mayorías no debe ser aceptado absolutamente pues existe el riesgo real de discriminación o aniquilación de las minorías. Los derechos fundamentales son fronteras infranqueables para cualquier poder, incluido el de las mayorías. Desde esta perspectiva, como propuesta, conceder a los derechos de participación un lugar preferente en la Constitución tiene mucho sentido. Siguiendo los postulados de la democracia constitucional, “cada ciudadano particular tiene que disponer de posibilidades de participación y de influencia, que le son garantizadas como derechos fundamentales” (Benz, 2010: 216). En otras palabras, la necesaria participación de los actores sociales en los asuntos públicos sustenta la vitalidad del sistema constitucional garantista: un derecho fundamental que protege otros derechos fundamentales, un derecho que, cual pilar esencial, sostiene la democracia sustancial.

La posibilidad cierta de participar en la construcción y control de las políticas públicas se basa en el restablecimiento y fortalecimiento del poder ciudadano. La

incidencia real de la sociedad requiere un poder real (o contra-poder) consagrado como derecho constitucional. En este sentido, la fuerza expansiva de la Constitución pretende asegurar las condiciones institucionales que ratifiquen y garanticen el poder ciudadano a través de mecanismos idóneos de representación, participación y control. Conforme al diseño constitucional ecuatoriano, la participación ciudadana complementa la representación y apuntala el control social de la gestión estatal. De esta forma la concreción de los derechos sociales no queda anclada a la discrecionalidad del poder coyuntural de los mandatarios. Los mandantes, los titulares de los derechos, obviamente, también tienen mucho que decir sobre la realidad que los afecta. Los ciudadanos exigen y vigilan el cumplimiento de sus derechos; mejores garantías, más democracia.

La participación, concebida del modo expuesto, controla verticalmente (control externo) el poder gubernamental. Puede activar, además, los mecanismos horizontales de control (intra-estatal), es decir, los constitucionalmente previstos como una “red de agencias estatales interactuantes que se controlan y equilibran mutuamente” (Peruzzotti y Smulovitz, 2002: 28). Esto último debe darse, sobre todo, cuando la participación es eludida o minimizada por intereses políticos y económicos, o abiertamente despreciada por omniscientes expertos: se emplea el poder coactivo del Estado en contra del mismo Estado para defender derechos fundamentales. Adquiere especial relevancia para la consecución del fin, en virtud de su condición de derechos, la activación del control judicial. “La transformación de las demandas sociales en reclamos legales tiene dos propósitos: a) brinda un ‘sello’ de legitimidad a las peticiones y b) obliga al Estado a tomar partido con respecto a los reclamos presentados” (Peruzzotti y Smulovitz, 2002: 42). Frente al déficit de participación, generado por la obturación de los canales regulares de comunicación con las autoridades, la ciudadanía busca nuevos cauces de acción determinados por la misma Constitución. La acción de protección es la idónea para activar la revisión judicial “contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos fundamentales” (Art. 84 Const.). Son pertinentes, también, la acción de inconstitucionalidad, acción por incumplimiento y medidas cautelares. Al demandar políticas públicas que involucren o vulneren derechos sociales es frecuente, además, interponer la acción de acceso a la información pública “cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea

completa o fidedigna” (Art. 91 Const.): sólo de este modo podrá establecerse la distancia entre las obligaciones contraídas por el Estado en los Pactos Internacionales y la realidad concreta de su aplicación.

Conviene aclararse, todo lo dicho se verifica únicamente en condiciones de “normalidad institucional, que al menos permitan imponer sus pretensiones de certeza y seguridad a las relaciones entre las personas y los poderes públicos y privados” (Pisarello, 2002: 282). El Estado deberá someterse a su propia Constitución si la pretensión es trazar senderos rectos hacia la plena eficacia constitucional. Sin tal presupuesto no cabe referirse al Estado ecuatoriano como Estado Constitucional. Precisamente, esta sujeción a la Constitución produce la máxima garantía institucional de su pleno potencial plasmador de derechos y justicia. No es sincero, por ejemplo, ofrecer adecuadas garantías jurisdiccionales para los particulares, sin la garantía constitucional de la separación de poderes (control horizontal de equilibrio). Cualquier intento de manipular el control de constitucionalidad debe “denunciarse como un atentado contra el sistema democrático y el principio republicano de racionalización del poder” (Pisarello, 2002: 296).

Un Estado Constitucional, para merecer tal calificativo, debe proteger todos los derechos, no exclusivamente los elegidos por el gobierno de turno. Todos los derechos constitucionales son “inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (Art. 11 N-6 Const.). No es viable la defensa apropiada de los DESC sin la garantía de los derechos civiles y políticos de participación, a un recurso efectivo en los tribunales o de acceso a la información pública. El Estado Legal, anterior al Estado Constitucional, podía edificarse, sin mayores dificultades, sobre el autoritarismo o la “tiranía” de efímeras mayorías parlamentarias. El Estado Constitucional no sobrevive sin el respeto a todos los derechos fundamentales: todo poder público y privado debe someterse a los derechos reconocidos en el Bloque de Constitucionalidad. El Estado Constitucional de Derechos y Justicia requiere como último y definitivo custodio de su factibilidad a la misma ciudadanía que le otorgó su validez. Los derechos, y sus garantías, sólo son concebibles y viables si existen ciudadanos capaces de respetarlos y exigirlos. La plasmación del Estado Constitucional sólo es posible por el compromiso activo y responsable de sus ciudadanos, por su decidida defensa de los derechos fundamentales. Una ciudadanía “viva” es la mejor garantía de un Bloque de

Constitucionalidad vigoroso. “Los Derechos Humanos no son la ley ni la letra, es lo que el pueblo siente cuando violan sus derechos y exige para que estos se cumplan, y es los que nosotros hemos hecho” (Restrepo Pedro, citado en Kimerling, 1996: 155).

CONCLUSIONES

El modelo liberal clásico de Estado de derecho configuró una estructura institucional garantista consecuente con los postulados que informaron su advenimiento. Así, las Constituciones de los Estados Liberales se manifestaron, ante todo, como límites al poder político: los derechos conquistados pretendieron generar un espacio de autonomía individual “libre” de interferencias estatales.

Posteriormente, la progresiva consagración constitucional de los derechos sociales demandó la reformulación del papel “abstencionista” del Estado. Surge, como consecuencia, un nuevo tipo de Estado denominado “Social”. El emergente Estado Social no sustituye el modelo liberal de Estado de derecho, únicamente corrige algunas de sus disfunciones y lo complementa: nunca diseña una estructura jurídico-institucional adecuada para la concreción de los derechos sociales.

Aunque reconocidos en el texto constitucional, los derechos sociales jamás contaron con mecanismos de protección y exigibilidad semejantes a los destinados para los derechos civiles y políticos. En tal contexto político-jurídico, los DESC se hallaban “convenientemente sujetos” a la discrecionalidad de los poderes públicos. Los derechos no fueron asumidos como tales: se cumplían – una vez sí, otra vez no- según las evaluaciones políticas de los gobiernos. La Constitución de 2008 intenta corregir esta situación: propone para el efecto un nuevo marco institucional garantista. A partir de 2008, la garantía efectiva de todos los derechos se convierte en el deber primordial del Estado ecuatoriano (Art.3 Const.); el Bloque de Constitucionalidad es, ahora, instrumento de su concreción.

Desde la vigencia de la actual Constitución ecuatoriana, las políticas públicas garantizan derechos, por tanto deben ser coherentes con los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, estos son: Universalidad, Interdependencia, Inalienabilidad, Igualdad y no discriminación. Implica, también, esta garantía, considerar los siguientes aspectos al diseñar las políticas: a) Determinar el contenido del derecho involucrado y establecer las obligaciones contraídas por el Estado; b) Identificar el problema a resolver con enfoque de insatisfacción o vulneración de derechos; c) Definir la estrategia de política conforme a los estándares internacionales de derechos humanos. Las obligaciones contraídas por el Estado

ecuatoriano, al firmar y ratificar los tratados internacionales de derechos humanos, se transforman de este modo en marcos conceptuales y operativos que guían la construcción de políticas públicas.

En materia de DESC, el cumplimiento de las obligaciones estatales se mide empleando indicadores de estructura, proceso y resultado. Si los indicadores registran estancamiento o regresión, es pertinente la presunción de insuficiencia o ineficiencia de la gestión estatal ante el desafío de lograr la satisfacción de los DESC. Para la adopción de un juicio acerca del tema, requieren especial atención los indicadores de estructura y proceso; los indicadores de resultado pueden, ocasionalmente, revelar información (positiva o negativa) no atribuible a la acción del Estado (No obstante, son indicios, para el juez o las partes, en los procesos de revisión judicial de políticas públicas).

Los indicadores de derechos deben reunir ocho características: 1) Una definición explícita y precisa; 2) Partir de una recopilación de datos aceptable; 3) Poder estimarse contrastando bases de datos regulares; 4) Ajustarse al contexto en el que pretenden ser aplicado; 5) Fundamentarse en el contenido del derecho que busca medir; 6) Reflejar, cuantitativamente o cualitativamente, el esfuerzo de los Estados para cumplir con las obligaciones de respeto, protección y garantía; 7) Basarse en una categorización clara, concreta y tangible; 8) Evidenciar la adopción de principios generales de derechos humanos (ONU, 2008).

Plantear políticas públicas para la plasmación de los DESC supone, además, superar la tradicional perspectiva que concibe la intervención estatal como un privilegio asistencial. Las personas no reciben beneficios o prestaciones “generosas” del Estado: los ciudadanos son titulares de derechos y poseen la facultad de exigir a los entes estatales determinados comportamientos o de incidir en los asuntos públicos que les conciernen. De ahí, como se ha manifestado reiteradamente, que la participación sea vital para la construcción garantista de las políticas públicas.

La participación restaura y expresa el poder ciudadano en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas (Art. 95 Const.). Si los mecanismos formales de participación dispuestos en la Constitución no operan oportuna y eficazmente, es necesaria la activación del control judicial. De esta manera, los poderes públicos son impelidos a presentarse ante los titulares de los derechos. Los mandantes obligan, en el marco del Estado de derecho, a sus mandatarios a deliberar

acerca de los alcances, límites y resultados de las políticas públicas. Los ciudadanos ejercen así, apoyados por el poder judicial, su derecho a participar en la búsqueda de soluciones a los problemas sociales. El poder judicial viabiliza, institucionalmente, la deliberación acerca de la gestión estatal.

La revisión judicial de las políticas públicas es, desde el punto de vista señalado, un mecanismo institucional destinado a preservar y reforzar el componente deliberativo de la democracia. Los jueces poseen diversas herramientas para facilitar la exposición argumentativa de las partes. Son múltiples las formas de actuar y los ámbitos de intervención del poder judicial. No indefectiblemente sus decisiones o resoluciones ordenan prestaciones onerosas o inmediatas. Con base en la experiencia nacional e internacional, los tribunales pueden, por ejemplo: a) Examinar la adecuación de las políticas a los estándares jurídicos; b) Disponer que la política adopte algún principio general de derechos humanos; c) Exigir la definición de políticas públicas sobre temas específicos; d) Reconfigurar aspectos parciales de las políticas que vulneran derechos constitucionales; e) Conminar al Estado a cumplir compromisos contraídos; f) Ordenar reparaciones sin determinar modos ni tiempos; g) Establecer alternativas de solución a problemas causados por la administración pública; h) Disponer reformular procedimientos discriminatorios; i) Exigir celeridad, oportunidad o eficacia en la prestación de servicios públicos; j) Ordenar a funcionarios públicos implementar políticas previamente definidas y aprobadas por autoridades superiores; k) Establecer la obligación estatal de regular algún asunto público; l) Generar sistemas de indicadores para medir el cumplimiento de derechos; m) Especificar el contenido mínimo de los derechos y, por ende, los objetivos básicos que las políticas deben alcanzar; n) Determinar formalmente la regresividad de una política cuestionada; o) Disponer medidas cautelares; p) Activar diálogos interinstitucionales q) Contribuir con insumos a la construcción de políticas ordenando a peritos la elaboración de informes técnicos; r) Crear comisiones “socio-jurídicas” que produzcan evidencia o información acerca de los temas sometidos a revisión; etc.

El entramado garantista diseñado en 2008 se sostiene con las columnas de la participación: quienes son afectados por las decisiones de la autoridad pública deben formar parte del proceso de su gestación. Si los poderes estatales incumplen este precepto constitucional, cabe exigir la participación a través de las instituciones

jurisdiccionales. Sin embargo, si el acceso a la justicia es restringido, o existen fundadas dudas sobre la imprescindible independencia de poderes, la misma Constitución consagra el derecho a la resistencia (Art. 98 Const.) En tales circunstancias de “anormalidad institucional” se resquebraja todo el sistema garantista constitucional y la democracia comienza a deteriorarse. Los derechos conquistados por la rebelión “de los sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte” deben defenderse, otra vez, en las calles. El ciclo empieza nuevamente.

La “deconstitucionalización” de la democracia amenaza el pleno goce de los derechos fundamentales. Convertir la omnipotencia de la mayoría en exclusiva fuente del poder político serviría, según la experiencia histórica, “para legitimar todo abuso y para deslegitimar críticas y controles” (Ferrajoli, 2011: 21). Los derechos fundamentales, consagrados en la Constitución, deben ser fronteras infranqueables para cualquier poder, incluido el de las mayorías. Justamente, el constitucionalismo y las constituciones nacen, como teoría y técnica, por el afán de configurar un ordenamiento institucional que limite y encauce el poder absoluto. El Bloque de Constitucionalidad ecuatoriano opera en este sentido; es un instrumento destinado al servicio de la democracia, de los ciudadanos y sus anhelos libertarios e igualitarios. La eficacia garantista de no pocos derechos civiles y políticos fundamentales ha dependido de su previa consagración en el texto constitucional, de la fuerza expansiva del Bloque de Constitucionalidad. En el caso ecuatoriano, por ejemplo, el progresivo reconocimiento constitucional de los derechos de participación política transformó las instituciones de representación y la legislación electoral; a partir de dichos cambios se generaron procesos de apertura a nuevos actores y visiones. Las normas constitucionales transformaron así el ejercicio democrático ecuatoriano.

Sería ingenuo atribuir al Bloque de Constitucionalidad toda la capacidad de producir su propia eficacia garantista, sin embargo también sería absurdo despreciar el cúmulo de posibilidades plasmadoras que ofrece la nueva institucionalidad constitucional construida desde 2008. Respecto a los DESC el nuevo marco constitucional crea un escenario favorable para su concreción. Cualquier duda sobre su igualdad jerárquica y total justiciabilidad ha sido completamente desvanecida. Incluso los primeros artículos constitucionales establecen la obligación estatal de garantizar los derechos fundamentales “en particular (los DESC) la educación, la salud, la

alimentación, la seguridad social y el agua” (Art. 3 Const.). Los DESC son considerados esenciales para el “Buen Vivir” y, bajo tal denominación, catalogados antes de los civiles y políticos, no posteriores o secundarios como en las precedentes constituciones.

Una suerte de “garantismo sistémico” de los DESC está en marcha desde 2008. Al parecer la Asamblea Constituyente advirtió, plausiblemente, la necesidad de vincular la adecuada satisfacción de los “Derechos del Buen Vivir” (DESC) con la construcción de nuevas instituciones económicas, políticas y sociales (Art. 275 Const.) Aparte de los numerosos artículos que directa o indirectamente abordan el tema, la Constitución diseña el “Régimen del Buen Vivir” para el específico fomento de la mayoría de DESC. Observada desde cualquier ángulo, la Constitución deja traslucir el marcado interés de la Asamblea Constituyente por crear herramientas que contribuyan a la materialización de los DESC. Es evidente la voluntad de convertir al Bloque de Constitucionalidad en instrumento de su concreción.

La nueva institucionalidad constitucional garantista erigida es necesaria pero no suficiente. Al final, el Bloque de Constitucionalidad es un instrumento empleado por sociedades humanas y, en tanto humanas, atadas a intereses y conflictos. De ahí que sea indispensable separar la disposición constitucional de la acción gubernamental. Observados algunos indicadores de resultados, no cabe sostener, a priori, falta de voluntad política al momento de aplicar los derechos pero sí, quizá, ineficiencia o insuficiencia de la gestión estatal. Precisamente, para procurar más eficacia y calidad en la satisfacción de los DESC es indispensable el involucramiento ciudadano en la “formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas” (Art. 85 N-3). La participación es consustancial a la eficacia práctica del Bloque de Constitucionalidad. Un oportuno y cabal goce de los DESC requiere mayor y mejor participación ciudadana en todo el ciclo de la política pública. La completa vigencia del derecho a la participación sustenta de este modo la vitalidad del sistema constitucional garantista: un derecho fundamental que protege otros derechos fundamentales, un derecho que, cual pilar esencial, sostiene la democracia sustancial.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, 35-50.
- Abramovich, V., & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Abramovich, V., & Courtis, C. (2003). *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. México: Fontamara.
- Abramovich, V., & Pautassi, L. (. (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Abramovich, V., & Pautassi, L. (2010). *La medición de los derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Acuña, J. M. (2012). *Justicia constitucional y políticas públicas sociales: El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos fundamentales*. México: Porrúa.
- Aguilar, L. (2000). *El estudio de las políticas públicas*. México: Porrúa.
- Aguilar, L. (2000). *La hechura de las políticas*. México: Porrúa.
- Aguilar, L. (2000). *La implementación de las políticas* . México: Porrúa.
- Aguilar, L. (2008). *Gobernanza y gestión pública*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Aguilar, L. (2010). *Política Pública*. México: siglo XXI.
- Agustín, G., Jara, M. E., & Dunia, M. (2013). *Estado, Derecho y Economía*. Quito: Corporación Editora Nacional / UASB.

- Alexy, R. (2009). Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 31-47). Madrid: Editorial Trotta.
- Alexy, R. (2009). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En M. (. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 31-47). Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En M. Carbonell, & L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional* (págs. 106-116). Madrid: Editorial Trotta.
- Andrade, S., Grijalva, A., & Claudia, S. (2009). *La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional. UASB.
- Arcidiácono, P. (2009). Políticas sociales con perspectiva de derechos. La agenda pendiente en Argentina. En P. A. (comp.), *Diálogo y debates sobre derechos humanos* (págs. 197-222). Quito: UASB; ABYA-YALA.
- Ávila, R. (2007). Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo: propuesta de reformas para la Constituyente. *FORO revista de derecho*(7), 135-158.
- Ávila, R. (2009). Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia. En S. Andrade, A. Grijalva, & C. (. Storini, *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (págs. 405-428). Quito: UASB Corporación Editora Nacional.
- Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador*. Quito: Abya-Yala UASB.
- Ávila, R. (2012). *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*. Quito: Repositorio UASB.
- Bayón, J. C. (2010). Democracia y derechos. En M. Carbonell, & L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional* (págs. 285-355). Madrid: Editorial Trotta.

- Benz, A. (2010). *El Estado moderno*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Berlin, I. (1993). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Bobbio, N. (1987). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1990). La Revolución Francesa y los derechos del hombre. *Foro Nacional por Colombia*, 58-69.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- Bobbio, N. (1995). *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*. Madrid: Taurus.
- Bobbio, N. (2006). *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. México: Fondo de cultura económica.
- Bobbio, N. (2008). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política*. Madrid: Editorial Trotta.
- Bordieu, P. (2001). *El campo político*. La Paz: Plural.
- Carbonell, M. (2004). *Problemas Contemporaneos de la Libertad de Expresión*. México: Editorial Porrúa.
- Carbonell, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, M. (2009). La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. En M. Carbonell, & P. Salazar, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (págs. 171-207). Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, M. (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta.

- Carbonell, M. (2010). El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En M. Carbonell, & L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional* (págs. 153-164). Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, M. (2011). *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.
- Carbonell, M. (2013). *Derechos humanos: origen y desarrollo*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.
- Carbonell, M., & García, L. (. (2010). *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, M., & Salazar, P. (2009). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, M., & Vásquez, R. (. (2009). *El Estado de Derecho. Dilemas para América Latina*. Lima: Palestra Editores.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. (2008). *La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- CEPAL. (2010). *Panorama social de América Latina 2009*. Santiago de Chile: CEPAL.
- CEPAL. (2013). *Panorama social de América Latina 2012*. Santiago de Chile: CEPAL.
- CEPAL. (2014). *Panorama social de América Latina 2013*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Cepeda, M., Montealegre, E., & Julio, A. C. (2007). *Teoría Constitucional y políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cerrillo, A. (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Colmenares, C. (2005). Bloque de Constitucionalidad en materia procesal civil. En U. Libre, *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 167-190). Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Correa, R. (2013). La vía ecuatoriana. *Estado & Comunes IAEN*, 189-210.

- Courtis, C. (2007). Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social. En M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo* (págs. 185-209). Madrid: Editorial Trotta.
- Courtis, C., & Ávila, R. (. (2009). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- De la Torre, C. (2010). Movimientos sociales y procesos constituyentes en Ecuador. En M. J. Tanaka, *Desafíos de la gobernabilidad democrática* (págs. 245-276). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- De Lima Lopez, J. (1994). *Derecho subjetivo y derechos sociales*. Sao Paulo: J.E. Faria.
- Díaz, E., & Ruiz Miguel, A. (2004). *Filosofía política II. Teoría del Estado*. Madrid: Editorial Trotta.
- Donzelot, J. (2007). *La invención de lo social, ensayo sobre la declinación de las pasiones políticas* (Primera ed.). Buenos Aires: Nueva Visión.
- Estrada, S. (2011). *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías, La ley del más debil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2002). Prólogo. En V. Abramovich, & C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (págs. 9-14). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2003). Estado Social y Estado de Derecho. En V. Abramovich, M. J. Añón, & C. (. Courtis, *Derechos Sociales. Instrucciones de Uso* (págs. 11-21). México: Fontamara.
- Ferrajoli, L. (2007). Los fundamentos de los derechos fundamentales. En G. Pisarello, & A. (. Cabo, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (págs. 287-381). Madrid: Editorial Trotta.

- Ferrajoli, L. (2007). Sobre los derechos fundamentales. En M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo* (págs. 71-89). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 13-29). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Gargarella, R. (2006). *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Gargarella, R. (2007). Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales. En R. Gargarella, & M. Alegre, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (págs. 121-144). Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.
- Gargarella, R. (2011). Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. En C. (. Rodríguez Garavito, *La reforma constitucional en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (págs. 87-108). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Gascón Abellán, M. (2009). La teoría general del garantismo: rasgos principales. En M. Carbonell, & S. Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (págs. 21-39). Madrid: Editorial Trotta.
- Giraldo, C. (. (2013). *Política social contemporánea en América Latina. Entre el asistencialismo y el mercado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Glendon, M. A. (2011). *Un mundo nuevo*. México: Fondo de Cultura Económica.

- González Plessman, A. (2009). Los indicadores en las políticas públicas de derechos humanos. En P. A. Humanos, *Diálogo y Debates sobre Derechos Humanos* (págs. 179-196). Quito: UASB / ABYA YALA.
- Greppi, A. (2009). Democracia como valor, como ideal y como método. En M. Carbonell, & P. Salazar, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (págs. 341-364). Madrid: Editorial Trotta.
- Grijalva, A. (2008). *Derechos humanos y democracia: complementaridades y tensiones*. Quito: Programa Andino de Derechos Humanos. UASB.
- Grijalva, A. (2013). La Constitución económica del Ecuador. En G. Agustín, M. E. Jara, & D. Martínez, *Estado, Derecho y Economía* (págs. 77-100). Quito: Corporación Editora Nacional / UASB.
- Grijalva, A. (2013). La Constitución económica del Ecuador. En A. Grijalva, M. E. Jara, & D. (. Martínez, *Estado, Derecho y Economía* (págs. 77-100). Quito: UASB Corporación Editora Nacional.
- Guastini, R. (2007). Sobre el concepto de constitución. En M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo* (págs. 15-27). Madrid: Editorial Trotta.
- Guastini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell, *Neconstitucionalismo(s)* (págs. 49-73). Madrid: Editorial Trotta.
- Guendel, L. (2008). La encrucijada del enfoque de derechos: pensando y haciendo la política pública de otra manera. En B. Espinosa, *Mundos del trabajo: pluralidad y transformaciones contemporáneas* (págs. 55-78). Quito: Flacso Ecuador / Ministerio de Cultura.
- Habermas, J. (1990). La soberanía popular como procedimiento. *Foro Nacional por Colombia*, 47-55.
- Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós Ibérica.

- Habermas, J. (2010). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2012). *La Constitución de Europa*. Madrid: Trotta.
- Holmes, S., & Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Humanos, P. A. (2009). *Diálogo y Debates sobre Derechos Humanos*. Quito: UASB / ABYA YALA.
- Ibarra, H. (2010). *Visión histórico política de la Constitución del 2008*. Quito: Centro Andino de Acción Popular CAAP.
- INEC, & Salud, M. d. (2014). *ENSANUT - RESUMEN EJECUTIVO*. Quito: INEC-MSP.
- Jellinek, G. (2004). *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kimerling, J. (1996). *El derecho del Tambor*. Quito: Abya-Yala.
- Kooiman, J. (2005). Gobernar en gobernanza. En A. Cerrillo, *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia* (págs. 57-81). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública INAP.
- Kooiman, J. (2005). Gobernar en gobernanza. En A. (. Cerrillo, *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia* (págs. 57-81). Madrid: INAP.
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- Larrea, A. M., & Muñoz, P. (2013). Desigualdades. En SENPLADES, *Atlas de las desigualdades socio-económicas del Ecuador* (págs. 6-7). Quito: SENPLADES.
- Larrea, C. (2013). Salud y equidad. En SENPLADES, *Atlas de las desigualdades socio-económicas del Ecuador* (págs. 72-96). Quito: SENPLADES.
- Latour, B. (2001). *La esperanza de pandora. Ensayos sobre la realidad de los estudios de la ciencia*. Barcelona: Gedisa.

- León, I. (2010). *Sumak Kawsay / Buen Vivir y cambios civilizatorios*. Quito: FEDAEPS.
- León, M. (2010). El Buen Vivir: objetivo y camino para otro modelo. En I. León, *Sumak Kawsay / Buen Vivir y cambios civilizatorios* (págs. 105-123). Quito: FEDAEPS.
- León, N. (2009). *Ecuador, la cara oculta de la crisis. Ideología, identidades políticas y protesta en el fin de siglo*. Buenos Aires: CLACSO.
- Majone, G. (2005). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. México: Fondo de Cultura Económica-CNCPAP.
- Marshall, T. (1998). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial.
- Martínez De Pisón, J. (1998). *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Mayntz, R. (2001). El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna. *Reforma y democracia / CLAD*(21), 1-8.
- Mayntz, R. (2005). Nuevos desafíos de la teoría de la gobernanza. En A. (. Cerrillo, *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia* (págs. 83-98). Madrid: INAP.
- Meny, I., & Thoenig, J.-C. (1992). *Las Políticas Públicas*. Barcelona: Ariel.
- Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social. (2010). *Mapa de la desnutrición crónica en el Ecuador*. Quito: MCDS.
- Minteguiaga, A. (2013). Neoliberalismo: hegemonía, transición y salida. *Estado & Comunes IAEN*, 125-154.
- Montúfar, C. (2004). *Gobernabilidad y participación*. Quito: Fondo Editorial Letras.
- Morín, E. (2009). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Murcia, D. (2012). *Entre la hiperjuridización, el marginamiento y la ruptura: Movilización legal en Colombia y Ecuador*. Quito: Flacso, Sede Ecuador.

- Naciones Unidas. (2006). *Política y Políticas Públicas en los procesos de reforma de América Latina*. México: FLACSO.
- Narváez, I., & Narváez, M. (2012). *Derecho ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)*. Quito: Flacso.
- Nino, C. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Nino, C. (2007). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós.
- ONU. (2010). *Objetivos de Desarrollo del Milenio: el proceso de América Latina y el Caribe hacia los objetivos de desarrollo del milenio*. Santiago de Chile: ONU.
- ONU, & Ecuador, G. N. (2007). *II Informe Nacional de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Quito: PNUD-SENPLADES-CISMIL.
- Pasara, L. (2008). *El uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia*. Quito: Naciones Unidas. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Paz y Miño, J. (2008). El Proceso Constituyente desde una perspectiva histórica. *La Tendencia*, 41.
- Pazmiño, P. (2010). *Descifrando Caminos. Del activismo social a la justicia constitucional*. Quito: Flacso. sede Ecuador.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/ Boletín Oficial del Estado.
- Pérez Luño, E. (2010). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos.

- Pérez Murcia, L. (2007). *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad.
- Peruzzotti, E., & Smulovitz, C. (2002). Accountability social: la otra cara del control. En E. Peruzzotti, & C. (. Smulovitz, *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias* (págs. 23-52). Buenos Aires: Temas.
- Peters, G., & Pierre, J. (2005). ¿Por qué el interés por la gobernanza? En A. Cerrillo, *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia* (págs. 37-56). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública INAP.
- Pisarello, G. (2002). Estado de derecho y crisis de la soberanía en América Latina: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza. En M. Carbonell, W. Orozco, & R. (. Vázquez, *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina* (págs. 279-298). México: Siglo Veintiuno Editores.
- Pisarello, G. (2003). El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia. En V. Abramovich, M. J. Añón, & C. Courtis, *Derechos Sociales. Instrucciones de uso* (págs. 23-53). México: Fontamara.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta.
- Pisarello, G. (2011). *Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo anti-democrático*. Quito: Corte Constitucional.
- PNUD. (2010). *Informe sobre Desarrollo Humano*. Nueva York: PNUD.
- Pozzolo, S. (2009). Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli. En M. Carbonell, & P. Salazar, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (págs. 403-427). Madrid: Editorial Trotta.
- Pozzolo, S. (2009). Un neoconstitucionalismo ambiguo. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 187-210). Madrid: Editorial Trotta.

- Pozzolo, S. (2010). Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución. En M. Carbonell, & L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional* (págs. 165-184). Madrid: Editorial Trotta.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra.
- Prieto Sanchís, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.
- Prieto Sanchís, L. (2007). El constitucionalismo de los derechos. En M. (. Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (págs. 213-235). Madrid: Editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2009). Constitucionalismo y garantismo. En M. Carbonell, & P. (. Salazar, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (págs. 41-58). Madrid: Editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. (. Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)* (págs. 123-158). Madrid: Editorial Trotta.
- Programa Andino de Derechos Humanos. (2009). *Derechos humanos, democracia y emancipación*. Quito: UASB- Abya-Yala.
- Ramírez, F. (2008). Proceso Constituyente y Tránsito Hegemónico. *La Tendencia*, 57.
- Rey Cantor, E., & Rodríguez, M. C. (2003). *Las generaciones de los derechos humanos: libertad - igualdad - fraternidad*. Bogotá: Página Maestra Editores.
- Rodriguez Garavito, C. (. (2011). *El derecho en América Latina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Rodriguez Garavito, C. (2009). *La globalización del Estado de derecho*. Bogotá: Ediciones UNIANDES.

- Rodríguez, C., Nicolás, E., & Arcidiácono, P. (2010). *Derechos sociales: Justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Rosanvallon, P. (1995). *La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia*. Buenos Aires: Ediciones Manantial.
- Roth, A. (2008). Análisis de política pública y derechos humanos en Colombia. En P. S. Defensores, *Defender y proteger la vida* (págs. 101-126). Bogotá: Programa Somos Defensores.
- Roth, A. (2008). Análisis de política pública y derechos humanos en Colombia. En P. S. Defensores, *Defender y Proteger la Vida. La acción de los defensores de derechos humanos en Colombia* (págs. 101-131). Bogotá: Ediciones Antropos.
- Roth, A. (2010). *Enfoques para el análisis de políticas públicas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Roth, A. (2012). *Políticas Públicas: Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Aurora.
- Roth, A. (2013). *El análisis y la evaluación de las políticas públicas en la era de la participación. Reflexiones teóricas y estudios de caso*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - UNIJUS.
- Roth, A. (2014). *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación* (10a. ed.). Bogotá: Ediciones Aurora.
- Roth, A., Wabgou, M., & Ed. (2009). *Las Políticas Públicas de las Diversidades: Identidades y Emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ruiz Miguel, A. (2009). Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista. En M. Carbonell, & P. Salazar, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli* (págs. 211-232). Madrid: Editorial Trotta.
- Saavedra, L., & Cordero, D. E. (2009). *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito: INREDH.

- Salgado, H. (2004). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Corporación MYL.
- Santos, B. d. (2006). *Conocer desde el sur: para una cultura política emancipatoria*. Lima: Universidad Mayor de San Marcos.
- Santos, B. d. (2009). *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*. Madrid: Trotta- Ilsa.
- Santos, B. d. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Quito: Abya-Yala.
- Santos, B. d. (2012). *Derecho y Emancipación*. Quito: Corte Constitucional- Cedec.
- Santos, B. d., & García Villegas, M. (2001). *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta.
- Sen, A. (2000). *La libertad individual como compromiso social*. Quito: Abya-Yala.
- Sen, A. (2002). *El derecho a no tener hambre*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sen, A. (2007). *Primero la gente: una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado*. Barcelona: Deusto.
- SENPLADES. (2007). *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010*. Quito: SENPLADES.
- SENPLADES. (2009). *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*. Quito: SENPLADES.
- SENPLADES. (2011). *Guía para la formulación de políticas públicas sectoriales*. Quito: SENPLADES.
- SENPLADES. (2011). *Guía para la formulación de Políticas Públicas Sectoriales*. Quito, Ecuador: SENPLADES.
- SENPLADES. (2013). *Atlas de las Desigualdades Socioeconómicas del Ecuador*. Quito: TRAMA EDICIONES.

- SENPLADES. (2013). *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*. Quito: SENPLADES.
- Sieder, R., Schjolden, L., & Angell, A. (2011). *La judicialización de la política en América latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sojo, E. (2006). *Políticas públicas en democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Storini, C. (2009). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008. En S. Andrade, A. Grijalva, & C. Storini, *La nueva Constitución del Ecuador* (págs. 287-312). Quito: Corporación Editora Nacional - UASB.
- Storini, C. (2009). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008. En S. Andrade, A. Grijalva, & C. (. Storini, *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (págs. 287-312). Quito: UASB Corporación Editora Nacional.
- Storini, C. (2012). *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Subirats, J. (1989). *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Subirats, J., & otros. (2012). *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel.
- Tarrow, S. (2012). *El Poder en Movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Madrid: Alianza Editorial.
- Trujillo, J. C. (2007). La Constitución económica, más allá del neoliberalismo. *Foro*, 111-134.
- Trujillo, J. C. (2007). La Constitución económica, más allá del neoliberalismo. *Foro*, 111-134.

- Uprimny, R. (2007). *Estado de derecho y sentencias judiciales: seguridad jurídica y garantismo*. Bogotá: ILSA.
- Uprimny, R. (2008). *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura/ Universidad Nacional de Colombia.
- Vargas, E., & Gambará, H. (2012). *Evaluación del grado de sensibilidad frente al enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género*. Madrid: Catarata.
- Varios, A. (2007). *Revista Foro N.7 Los temas de la Constituyente*. Quito: Corporación Editora Nacional. UASB.
- Verdesoto, L. (2007). *Procesos Constituyentes y Reforma Institucional*. Quito: ABYA YALA / FLACSO ECUADOR.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
- Zorrilla, D. (2013). Desigualdades socio-económicas. En SENPLADES, *Atlas de las desigualdades socio-económicas del Ecuador* (págs. 8-9). Quito: SENPLADES.