



**PRESUPUESTO PÚBLICO Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS  
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL NUEVO  
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

**PUBLIC BUDGET AND EFFECTIVENESS OF ECONOMIC, SOCIAL AND  
CULTURAL RIGHTS IN THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM**

**ORÇAMENTO PÚBLICO E EFICÁCIA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS  
E CULTURAIS NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO**

<i>Recebido em:</i>	18/06/2020
<i>Aprovado em:</i>	20/10/2020

**Claudia Storini <sup>1</sup>**

*“La posesión del conocimiento, si no va acompañada por una manifestación y expresión en el actuar y el obrar, es igual que esconder metales preciosos, una cosa vana e inútil”*

(El Kybalion)

<sup>1</sup> Directora del programa de Doctorado y de la Maestría en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede, Ecuador. Doctora en Derecho, Universidad de Valencia (UV). Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra, Pamplona (UPN). Directora del Área de Derecho de UASB-Ecuador. E-mail: claudia.storini@uasb.edu.ec



## 1. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y teoría de la constitución. Una mirada desde los derechos sociales

Algunos autores han descrito el proceso constituyente colombiano de 1991 como la primera manifestación de una teoría constitucional que representa un punto de inflexión en la evolución constitucional mundial.<sup>2</sup> No obstante, si bien es cierto que en la Constitución colombiana aparecen algunos rasgos novedosos respecto al constitucionalismo clásico, son los procesos constituyentes ecuatoriano de 1998 y de 2008, venezolano de 1999, boliviano de 2009 los que permiten defender el nacimiento de un nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Un nuevo constitucionalismo que, además de resaltar la dimensión jurídica de la Constitución, dirige su atención por una parte, a la legitimidad democrática de la misma y, por otra, al perfeccionamiento del reconocimiento y garantía de los derechos. Es así que, ante la debilidad del *viejo modelo constitucional* para resolver los problemas de la sociedad, estas constituciones proponen un nuevo modelo de Estado. Este cambio de paradigma abarca aspectos procedimentales y sustanciales.<sup>3</sup>

---

\* Agradezco a Sebastián Bernardo Vázquez Rodas la atenta lectura de este trabajo y sus atinadas sugerencias y observaciones.

<sup>2</sup> Roberto Viciano y Ruben Martínez, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Luís Fernando Ávila Lizán, edit., *Política, justicia y Constitución*, Quito, Corte Constitucional, 2011, p.167. Boaventura de Sousa Santos habla de "grandes prácticas transformadoras" en "La reinención del Estado y el Estado plurinacional", en *OSAL*, Buenos Aires, CLACSO, Año VIII, N° 22, 2007, p 27. Véase también, Roberto Gargarella, y Christian Courtis. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Serie Políticas sociales, No. 153, Santiago de Chile, Cepal, 2009, pp. 31 y ss.

<sup>3</sup> Albert Noguera Fernández y Marcos Criado de Diego, hablan de rasgos procedimentales porque: "a diferencia de los procesos constituyentes anteriores que se habían desarrollado, particularmente en América Latina, y siguiendo el ejemplo europeo, de espaldas a la población, estos serán procesos activados mediante referendo por el pueblo, que suponen un rescate de los principios de soberanía popular y de la doctrina clásica del poder constituyente mediante la elección democrática de una Asamblea Constituyente originaria con funciones de redacción de un proyecto de Constitución que debe someterse a ratificación popular". Y de



Desde el punto de vista sustancial -sin que ello signifique subestimar por una parte, las innovaciones procedimentales y, por otra, la reformulación de la división clásica de poderes, la creación de nuevas formas de participación política, y la reelaboración de los contenidos de la Constitución económica- el cambio que más claramente se configura como punto a parte de las formas constitucionales anteriores, es el reconocimiento de la directa aplicabilidad e igual jerarquía de todos los derechos. En este sentido los citados textos constitucionales, han abierto una nueva época para que pueda darse con plenitud el reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales.<sup>4</sup> Además, a diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer fórmulas indeterminadas de reconocimiento de los derechos, en estos textos el constituyente configura cada uno de ellos, dotándolos de una potencialidad expansiva que va muchos más allá del límite impuesto por el respeto del contenido esencial.

Partiendo de esta base, se intentará demostrar que una de las implicaciones del cambio de paradigma antes descrito es que, mientras en el *viejo constitucionalismo* los poderes encargados de cumplir con las obligaciones que se desprenden del reconocimiento de los derechos sociales son los poderes políticos, siendo el judicial solo subsidiario, en el nuevo constitucionalismo los órganos jurisdiccionales tienen un papel fundamental en la garantía de su efectividad.

Con esta finalidad, se tomará como referente la Constitución de Ecuador 2008, en tanto que en ella, como en ninguna otra, los derechos se manifiestan como el núcleo axiológico de toda las demás disposiciones. Así lo pone de manifiesto el preámbulo y el

---

rasgos de contenido. En el sentido que: “Estas últimas constituciones recogen un conjunto de innovaciones sustanciales que las diferencian claramente de sus precedentes”, en “La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, No. 1, S/L, 2011, p. 18.

<sup>4</sup> Se utiliza este concepto de derechos entendiendo que en la tradición constitucional se habla de “derechos sociales”, y en el derecho internacional de los derechos humanos se habla de “derechos económicos, sociales y culturales”.



artículo 1 en el que se configura un nuevo *Estado de derechos y justicia*, que debe ser entendido como aquel Estado en el que la garantía de los mismos y en especial las garantías de los derechos sociales, en tanto derechos capaces de garantizar “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawasay*”,<sup>5</sup> deben ser consideradas como elemento primordial a la hora de interpretar y desarrollar cualquier norma constitucional y legal. En este sentido, las garantías de los derechos deberán ser el parámetro a través del cual se aplique la Constitución y se resuelvan las controversias entre ciudadanos, entre los diferentes poderes del Estado y entre este último y los ciudadanos. Hablar de Estado de derechos significa aplicar e interpretar la constitución y todas sus instituciones, reglas y principios a la luz de los derechos en ella garantizados.<sup>6</sup>

## 2. El debate sobre los derechos sociales

---

<sup>5</sup> Así recita el preámbulo de la Constitución de 2008.

<sup>6</sup> Según Ramiro Ávila, en la Constitución de Ecuador el “estado está sometido a los derechos” por las siguientes razones: “1. Es deber primordial del estado garantizar el efectivo goce de los derechos [art. 3. (1)]; 2. El más alto deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos [art. 11. (9)]; 3. La participación en todo asunto de interés público es un derecho [art. 95]; 4. La Asamblea Nacional y todo órgano en potestad normativa no pueden atentar contra los derechos [art. 84]; 5. La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el ejecutivo [art. 141], garantizan los derechos [art. 85]; 6. Los jueces y juezas administran justicia con sujeción a los derechos [art. 172]; 7. La función de transparencia y control social protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos [art. 204]; 8. La función electoral garantiza los derechos de participación política [art. 204]. (...) “Toda función del estado, en suma, está vinculada y sometida a los derechos. Podríamos seguir con la enumeración y afirmar que esta relación de sometimiento a los derechos se repite en la administración pública [art. 226], en el modelo de desarrollo [art. 275], en el sistema económico [art. 233], en la deuda externa [art. 290 (2)], en la formulación del presupuesto del estado [art. 298], en el sistema financiero [art. 358], en los sectores estratégicos, en la inversión [art. 339], en la producción [art. 319]”, en *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011, pp. 139-140. Y, del mismo autor: “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.



Uno de los principales debates en materia de derechos ha sido el relativo a la desigualdad de trato entre derechos sociales, civiles y políticos. Algunos autores han intentado justificar la diferencia de trato entre estos derechos sobre la base de una diferente naturaleza jurídica, en este sentido los derechos sociales no se configuran como disposiciones normativas sino como principios o directrices para guiar las políticas sociales, ya que no cumplen con las características de obligatoriedad de los derechos civiles y políticos.<sup>7</sup> Otros, aun asumiendo la igualdad de carácter entre ellos han defendido la diferente naturaleza de las medidas que se necesitan para hacerlos efectivos en el sentido de que estas medidas serían en un caso la no intervención, mientras en el otro la intervención del Estado. De lo cual se deriva la configuración de los derechos civiles y políticos como derechos negativos y de los sociales como positivos.<sup>8</sup> Y, finalmente hay quien señala que la desigualdad de trato entre derechos es determinada por diferencias ideológicas más que teóricas.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Fernando Garrido Falla, define los derechos sociales como declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico, en “El artículo 53 de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 21, S/L, Civitas, 1979, p. 176; mientras que Javier Jiménez Campo habla de “derechos aparentes o prometidos”, en *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 24. Véase también Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993; Francisco Laporta, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Jaime Betegón, edit., *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 297-326, Louis Henkin, *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981; Marc Bossuyt, “International Human Rights Systems: Strengths and Weakness”, en Kathleen Mahoney y Paul Mahoney, edits., *Human Rights in the Twenty first century*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

<sup>8</sup> Friedrich von Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, Vol. 2, cap. 9, Madrid, Unión, 1979; Charles Fried, *Right and wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 1978; Vladimir Kartashkin, “Economic, Social and Cultural Rights”, en Karel Vasak y Philip. Alston, edits., *The International Dimensions of Human Rights*, Vol. I, Paris, Greenwood Press, 1982; Eric Van de Luytgaarden, *Introduction to the theory of Human Rights Law*, Utrecht, Universidad de Utrecht, 1993.

<sup>9</sup> La negación parcial de los derechos fundamentales en sentido liberal es defendida por K. Schmitt, según el cual “en un Estado burgués de derecho no pueden ser considerados como derechos fundamentales más que los derechos de libertad del hombre individual, porque sólo ellos pueden corresponder al principio básico de distribución del Estado burgués de derecho: esfera de libertad ilimitada en principio, facultad estatal de intervención limitada en principio. Todos los otros derechos, por muy importantes que se consideren y por muy fuertes que sean las garantías y solemnidades con que se incluyan en la regulación de la Ley



Como es conocido, la falsedad de estos argumentos ha sido ampliamente demostrada en doctrina.<sup>10</sup>

En relación con las dificultades de determinación del contenido de los derechos sociales, si bien es cierto que pueden representar un obstáculo para poder hacer plenamente normativos esos derechos, no hay que considerarlas como un problema insuperable. Lo mismo sucede con los derechos de libertad, ¿cómo entender los alcances del derecho a la libertad de expresión o del derecho a la vida?, ¿cuáles son los límites del derecho a la libertad de empresa y cuáles las obligaciones del Estado para protegerlo? *En este sentido, la apertura semántica no puede significar, por sí sola, una pérdida de efectos normativos imputable solo a los derechos sociales.* La determinación del contenido de todo derecho es una tarea que corresponde desarrollar, en primer lugar, al legislador, que a través de las leyes debe determinar contenidos concretos para cada uno de ellos;<sup>11</sup> y, en segundo lugar, a los órganos jurisdiccionales, así como aquéllos que cultivan la ciencia jurídica, ya que el avance en el plano teórico debe apoyar y/o fomentar el plano práctico.

La debilidad de la distinción entre derechos civiles y políticos como derechos negativos y derechos sociales como derechos positivos, puede fácilmente demostrarse desde la consideración que todos los derechos tienen un coste y, al mismo tiempo,

---

constitucional, no pueden ser nunca más que derechos limitados, en principio” en *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p. 184. Por otra parte, la negación parcial del socialismo real identificaba los derechos fundamentales con los derechos económicos, sociales y culturales.

<sup>10</sup> Sobre la imposibilidad de aceptar la visión de que los derechos civiles y políticos y los derechos sociales tienen diferente naturaleza véase, entre otros, Roberto Gargarella, “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?”, en *Jueces Para la Democracia*, No. 31, S/L, 1998, pp. 11-15. Han demostrado la debilidad teórica de la configuración de los derechos civiles y políticos como derechos negativos y los sociales como positivos, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, Cap. 1. Finalmente, acerca de las diferencias ideológicas como determinante del tratamiento que se da a los diferentes derechos véase, Albert Noguera Fernández, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 35 y ss.

<sup>11</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 38-39.



prescriben tanto obligaciones negativas como positivas.<sup>12</sup> Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren para poder tener relevancia práctica, de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en algunos casos importantes erogaciones económicas. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la tutela judicial efectiva o en el derecho político de sufragio.<sup>13</sup> Por otra parte, hay derechos sociales que se configuran como libertades en sentido estricto, por ejemplo la libertad sindical o el derecho de huelga, que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto; así como derechos, en este caso de los trabajadores, que no requieren *prima facie* prestaciones del Estado, como el derecho al descanso semanal o el derecho a las vacaciones.

El reproche a la visión acerca de las diferencias ideológicas como determinante del

---

<sup>12</sup> Siguiendo a Gerardo Pisarello, “todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas. El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas. Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no sólo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos”, en *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 29-30. Estos argumentos son también parte de la tesis central de Stephen Holmes y Cass Sunstein, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, Nueva York-Londres, Norton, 1999.

<sup>13</sup> Según Abramovich y Courtis: “el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etcétera) (...) los derechos de libertad (...) conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una intervención indebida, de modo que tal contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado”, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 23-24.



distinto tratamiento de los derechos puede ser formulado a partir de la evolución histórica del enfrentamiento entre las dos posturas antes indicadas. En este sentido, la relativización de las diferencias entre derechos civiles y derechos sociales se puede demostrar desde la proclamación del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, que fue plenamente reconocido por la Declaración y Programa de acción de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial en 1993.<sup>14</sup>

### 3. La justiciabilidad de los derechos sociales. Legitimidad y competencia

Otro gran debate en el ámbito que aquí se estudia, es sin duda el que se refiere a la justiciabilidad de los derechos sociales.<sup>15</sup> Como es conocido, según Kelsen un “derecho en el

---

<sup>14</sup> El 25 de junio de 1993, los representantes de 171 estados adoptaron por consenso la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. En el punto I.5 del citado documento se afirma que “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 de 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”, en doctrina véase: Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, pp. 227 y ss.; Carlos Santiago Nino, “Los derechos sociales”, en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez, comps., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 137 y ss.; Gregorio Peces-Barba Martínez, “Los derechos económicos, sociales y culturales : apuntes para su formación histórica”, en Gregorio Peces-Barba Martínez, *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 59.

<sup>15</sup> Según José Joaquín Gomes Canotilho, “El problema actual de los «derechos sociales» (*Soziale Grundrechte*) o derechos de prestación en sentido estricto (*Leistungsrechten im engeren Sinne*) está en «tomarnos en serio» el reconocimiento constitucional de derechos como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la cultura, el derecho al ambiente. Independientemente de las dificultades (reales) que suscita un tipo de derechos subjetivos en los que falta la capacidad jurídica (= poder jurídico, competencia) para obtener su efectividad práctica (= accionabilidad), no podemos considerar como un simple «aleluya jurídico» (C. Schmitt) el hecho de que las Constituciones consideren ciertas posiciones jurídicas de tal modo fundamentales que su garantía o no garantía no pueda ser dejada a los criterios (incluso al arbitrio) de simples mayorías parlamentarias” en “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 1, S/L, 1988, pp. 247 y 248. En sentido similar, Luigi Ferrajoli afirma que uno de los principios “garantista de carácter general es el de *jurisdiccionalidad*: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que



sentido subjetivo sólo existe cuando en el caso de una falta de cumplimiento de la obligación, la sanción que el órgano de aplicación jurídica –especialmente un Tribunal– tiene que dictar sólo puede darse por mandato del sujeto cuyos intereses fueron violados por la falta de cumplimiento de la obligación... De esta manera, la disposición de la norma individual mediante la que ordena la sanción depende de la acción –demanda o queja– del sujeto frente al cual existe la obligación no cumplida... En este sentido, tener un derecho subjetivo significa tener un poder jurídico otorgado por el derecho objetivo; es decir, tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja”.<sup>16</sup>

Así que el reconocimiento de los derechos sociales como *verdaderos* derechos, no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un órgano jurisdiccional el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho.<sup>17</sup> De modo que, aunque un Estado cumpla con la satisfacción de las finalidades implícitas a un derecho social, queda por comprobar que los afectados puedan demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento para afirmarse que éstos últimos sean titulares del derecho, en tanto constituye derecho subjetivo.<sup>18</sup>

El debate acerca de la justiciabilidad de los derechos sociales se articula alrededor de varias cuestiones, la primera de ellas puede ser reasumida a través de la pregunta acerca de si los órganos jurisdiccionales están o no legitimados a defender estos derechos. En este sentido, muchas de las objeciones se fundamentan en el argumento que señala que la defensa de estos derechos implica una intromisión por parte del poder judicial en el

---

tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión”, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 917.

<sup>16</sup> Hans Kelsen, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994, pp. 142-143.

<sup>17</sup> Así, Albert Noguera Fernández, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 39.

<sup>18</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, p. 249.



desarrollo de las políticas públicas y en las decisiones acerca de las prioridades económicas.

Se sostiene que otorgar a los tribunales un papel relevante en la garantía de los derechos sociales, no solo plantea obstáculos dogmáticos y técnicos, sino que constituye además, una indeseable política del derecho. Y la razón sería sencilla: “el estímulo de la justiciabilidad tiende a generar una pendiente resbaladiza que expande en exceso el papel de los tribunales, distorsionando la división de poderes y la primacía del principio democrático”.<sup>19</sup> Este argumento político viene con frecuencia respaldado por un ulterior razonamiento sociológico, según el cual otorgar a los jueces excesivo protagonismo, es algo históricamente infundado, aunque sea en un sentido garantista, ya que estos no han desempeñado nunca una función semejante y nada indica que puedan hacerlo. Esta última afirmación, aun siendo fácilmente rebatible desde el presupuesto que en primer lugar, es el mismo poder constituyente el que en el ejercicio de su soberanía, otorga dicho papel a los jueces, y, en segundo lugar, que solo a través de estos órganos puede conseguirse la justicia material, como se demostrará a la hora de analizar las dificultades implícitas a la justiciabilidad de los derechos sociales.

Un ulterior obstáculo que suele ser configurado por la doctrina es el que se sustenta en la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de los derechos sociales. Ello porque, como ya se apuntó, lo que determina la posibilidad de los jueces de proteger los derechos, es la existencia en el ordenamiento jurídico de la facultad del titular del derecho de actuar en caso de incumplimiento. Es evidente que este argumento solo puede ser utilizado para aquellos ordenamientos en los que no se hayan previsto instrumentos procesales concretos para remediar el incumplimiento o las violaciones de derechos sociales, y aun en este caso, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de demostrar las posibilidades técnicas que permiten recontextualizar la

---

<sup>19</sup> Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete, Bomarzo, 2009, p. 14.



violación de los derechos sociales para poder proceder a su garantía.<sup>20</sup>

Uno de los aspectos que caracteriza a las nuevas constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador, es la superación de la distinción entre derechos. En ellas los derechos sociales se configuran como plenamente protegidos y justiciables y al mismo nivel y jerarquía que los civiles y políticos.

En particular, el art. 11.6 de la Constitución de Ecuador establece que: “todos los principios y los derechos son inalienables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” y, coherentemente con ello, en el texto constitucional ya no se habla de “derechos fundamentales”, sino simplemente de “derechos” o de “derechos humanos”. Esta igualdad jerárquica, además de ser expresamente establecida, es la que inspira el Título II dedicado a los “Derechos”, que se estructura utilizando un elemento simbólico muy importante, la inversión del orden mundialmente reproducido de reconocimiento de los derechos. Este Título inicia el catálogo de derechos exactamente con los derechos sociales que llama “derechos del buen vivir” (capítulo segundo), seguidos por los “derechos de las personas y grupos de atención prioritaria” (capítulo tercero), los “derechos de las comunidades” (capítulo cuarto), para finalmente llegar a los “derechos de participación” y a los “derechos

---

<sup>20</sup> La posible extensión de la fundamentalidad de los derechos (Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*), su configuración como garantías indirectas de participación en las instituciones (Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo” en Christian Courtis y Ramiro Ávila, edits, *La protección judicial de los derechos sociales*, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 11, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 35 y ss.), la configuración de la violación indirecta de otros derechos (María Crego Gómez, “El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”, en *Lex social: revista de los derechos sociales*, No. 1, S/L, 2012, pp. 5-30) solo por citar algunos. Sobre este punto véase también: David Bilchitz, *Poverty and fundamental rights. The justification and enforcement of socio-economic rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 103 y ss.; Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*; Luigi Ferrajoli, “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 111 y ss.; Albert Noguera Fernández, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Josu de Miguel Bárcena, “Los derechos sociales y sus garantías en el ordenamiento constitucional español”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, No. 9, S/L, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 127-144.



de libertad” (capítulo quinto y sexto) seguidos por los “derechos de la Naturaleza” y los “derechos de protección” (capítulo séptimo y octavo).

El título dedicado a las garantías constitucionales desarrolla aún más esta nueva concepción de los derechos, superando la visión reduccionista de que las garantías solo son judiciales y normativas e introduciendo garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana. La previsión de esta nueva garantía debe considerarse como uno de los elementos más innovadores de la constitución de 2008. En primer lugar, porque implica que la constitución no se limita a proclamar derechos y a formular garantías jurisdiccionales para protegerlos, sino que establece también las directrices básicas que el Estado deberá seguir a la hora de formular y ejecutar las políticas públicas necesarias para hacer efectivos los derechos. En segundo lugar, porque es gracias a esta previsión que, por una parte, la acción de protección, -cuyo objeto es el amparo directo y eficaz de todos los derechos reconocidos en la Constitución-, puede interponerse no solo cuando exista una vulneración de dichos derechos, sino además contra políticas públicas que supongan la privación del goce o ejercicio de los mismos.<sup>21</sup> Y, por otra, que el incumplimiento de dicha políticas públicas podrá hacerse valer a través de las acciones previstas por la Constitución. En este sentido, la Constitución incorpora no solo las garantías clásicas para evitar violaciones de los derechos, sino también acciones que pueden permitir exigir el cumplimiento de las políticas públicas por parte del Estado ya que las mismas resultan constitucionalmente determinadas.

Otra garantía añadida a la justiciabilidad de los derechos sociales, es el mayor

---

<sup>21</sup> El art. 88 de la Constitución de Ecuador establece: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, 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; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.



desarrollo del contenido de cada uno de ellos, así como el del rol que debe cumplir el Estado para conseguir la satisfacción de los mismos. A pesar de las críticas formuladas en doctrina acerca de esta supuesta extensión *casi reglamentaria* del contenido de los derechos,<sup>22</sup> esta característica, como más adelante se demostrará, permitirá superar algunas de las dificultades que se suelen configurar en relación con la justiciabilidad de los derechos sociales.

#### 4. Las dificultades implícitas a la justiciabilidad de los derechos sociales

Una vez aceptada la justiciabilidad teórica y/o empírica de los derechos sociales, es necesario analizar aquellos elementos que según la doctrina limitan o dificultan su plena realización.<sup>23</sup>

En primer lugar, disipar la niebla que se cierne sobre los diferentes elementos que componen la dimensión subjetiva de los derechos sociales – sobre todo titularidad y objeto– para que en sede judicial puedan ser debidamente garantizados. En segundo lugar, determinar de qué manera el nuevo constitucionalismo ha superado la problemática relativa a la falta de especificación de los derechos sociales.

##### a. *Titularidad*

---

<sup>22</sup> Alberto Pérez Calvo, “Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Claudia Storini, José Francisco Alenza, Directores, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Pamplona, Aranzadi, 2012, p. 32.

<sup>23</sup> Entre la extensa bibliografía al respecto, véase: Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 65-113; Rodrigo Uprimny, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”, en Rodrigo Uprimny y Mauricio García Villegas, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006, pp. 147 y ss; G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*; María José Añon Roig, José García Añon, coords., *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.



La primera dificultad que se plantea, es la relativa a la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos. Con el fin de demostrar la debilidad de este planteamiento y lograr una efectiva salvaguardia de estos derechos es necesario precisar algunos conceptos de la dimensión subjetiva que presentan dificultades en la etapa de judicialización.

Ser titular de un derecho subjetivo significa ser la persona (ya sea natural o jurídica) llamada a ejercer el derecho subjetivo. En otras palabras, titular es el sujeto de derechos al cual el ordenamiento jurídico, a través de una norma, le ha reconocido el poder de exigir un derecho.

En relación con la titularidad de los derechos subjetivos, una de las características que se ha considerado como esencial es su universalidad, entendida como la pertenencia por igual a todos los seres humanos como tales, en todos los tiempos y en todas las situaciones.<sup>24</sup> Frente a ello, se plantea en doctrina que mientras los derechos civiles son derechos cuyo sujeto es el hombre abstracto, los derechos sociales son derechos del hombre concreto; esto es, del hombre situado en unas determinadas circunstancias históricas, culturales y económicas. No obstante, la universalidad así concebida hace parte de una concepción decimonónica de los derechos que ya no puede ser compartida.

La consecuencia más importante del proceso de “especificación de los derechos”,<sup>25</sup> es el reconocimiento de las necesidades básicas de los individuos y de la responsabilidad de la sociedad en su satisfacción. Esto implica que la definición y justificación de los derechos sociales, debe tener en cuenta las condiciones en las que se encuentra cada sujeto específicamente considerado y por ello debe prescindir de considerarlos como derechos

---

<sup>24</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 174.

<sup>25</sup> Norberto Bobbio, “¿Existen derechos fundamentales? Conversación con Giuliano Pontara”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 85.



universales.<sup>26</sup> Esta interpretación de la universalidad es bastante limitada ya que excluiría, por ejemplo, el derecho a un juicio justo o el derecho a abandonar el país, puesto que estos derechos se circunscriben a determinadas personas. En este sentido, la titularidad de los derechos sociales solo puede ser entendida como una *titularidad específica* opuesta a la titularidad abstracta y universal de las libertades clásicas<sup>27</sup> y el problema de la universalidad como un problema relativo a que todos los derechos deben aplicarse de manera universal a todos aquellos que se encuentren en la situación

Un segundo aspecto a dilucidar en relación con la titularidad de los derechos sociales es su supuesta titularidad colectiva, que se fundamenta en la relevancia que adquiere la dimensión supraindividual para la tutela de determinados intereses y necesidades vitales y la exigencia de tomar en cuenta los condicionamientos existenciales específicos de las diferentes categorías de sujetos que devienen destinatarios de las políticas sociales. La consideración de los derechos sociales como derechos colectivos no tiene asidero por dos razones; en primer lugar, porque estos derechos no protegen intereses colectivos sino intereses individuales “son *sociales* en el sentido que presuponen un *ethos* solidario redistributivo, pero no en el sentido que satisfagan intereses o necesidades *grupales*”<sup>28</sup> y aunque los derechos sociales sean derechos del hombre situado en el entorno colectivo (trabajadores, niños, adolescentes, personas con discapacidad) “ello no implica que estos derechos se dirijan a defender solo intereses colectivos (...) o que solo puedan ejercitarse por los grupos”.<sup>29</sup> En segundo lugar, porque el hecho de que el legislador o el constituyente, clasifique la población en una serie de colectivos, para cada uno de los cuales se presupone la presencia de necesidades, tiene que ser entendido como una simple técnica legislativa que dista de la idea de identificar dichos derechos como derechos colectivos, en tanto que

<sup>26</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*.

<sup>27</sup> María José Añón Roig, José García Añón, coords., *Lecciones de derechos sociales*, p. 100.

<sup>28</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, “Los derechos sociales y sus críticos”, en Vicente Theotonio, y Fernando Prieto, dirs., *Los derechos económicos y sociales y la crisis del Estado de Bienestar*, Córdoba, Etea, 1996, p. 38

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 39.



toda persona perteneciente a dicho colectivo será titular subjetivamente del derecho de la misma manera que ocurre con el colectivo *ciudadanos* frente al de *extranjeros*.<sup>30</sup>

Esta tesis puede ser confirmada analizando el lenguaje utilizado, tanto por los instrumentos internacionales de garantía de los derechos sociales, como por la Constitución de Ecuador. Así, por ejemplo, el art. 13 establece que “*Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos (...)*”, el art. 30 “*Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable (...)*”, el art. 33 “*El trabajo es un derecho y un deber social (...). El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto (...)*”, o el art. 34 “*El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas (...)*”. Y aunque en algunos casos, como por ejemplo el art. 32, la Constitución se limita a establecer que “*la salud es un derecho que garantiza el Estado (...)*” el posible incumplimiento del Estado puede formularse en términos de violación individualizada y concreta y no necesariamente en forma colectiva. La violación general del derecho a la salud puede reconducirse a través de la articulación de una acción particular, promovida por un individuo que alegue, por ejemplo, una violación producida por la negación de un servicio médico del que depende la salud o la vida de esta persona. En este caso, si la violación afecta también a un grupo generalizado de personas, como enfermos de sida, tendrá lugar una situación en la que se configuran, según el derecho procesal de algunos países como Brasil o Argentina, derechos o intereses individuales homogéneos que se diferencian sustancialmente de los sujetos de derechos colectivos tales como sindicatos o asociaciones

---

<sup>30</sup> Sobre la distinción entre derechos subjetivos y colectivos, Juan Antonio Cruz Parceró, “Sobre el concepto de derechos colectivos”, *Revista internacional de filosofía política*, No. 12, S/L, Universidad Autónoma Metropolitana, 1998, pp. 95-115. Véase también, Ricardo García Manrique, “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 14, No. 23, S/L, Universidad Carlos III, 2010, pp. 73-105; Ernesto Jaime Vidal Gil, “Los derechos humanos como derechos subjetivos”, en Jesús Ballesteros Llompert, coord., *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 23-41.



de consumidores.<sup>31</sup> Siguiendo estas líneas argumentativas las decisiones judiciales que reconozcan la violación de un derecho social siempre tendrán un doble efecto, reintegrar el sujeto en el goce del derecho y señalar una alerta hacia los poderes públicos acerca de una situación de incumplimiento de una obligación generalizada.

**b. El objeto y contenido. La falta de especificación de los derechos sociales**

En el desarrollo de este epígrafe se entenderá como objeto del derecho, aquello que el derecho garantiza, y como contenido, el poder o conjunto de poderes jurídicos, concebidos como facultades (por tanto, de uso discrecional y no obligatorio), mediante los cuales se hace valer frente a terceros el permiso o la prohibición iusfundamental garantizadas en cada derecho fundamental. En este sentido, contenido del derecho es el conjunto de las facultades y también de los deberes que aquél implica. Tales facultades y deberes son distintos por cada grupo de derechos y dentro de cada uno de esos grupos, también difieren las facultades y deberes que corresponden a cada clase de derecho subjetivo. El objeto del derecho es todo aquello sobre lo que se refleja el poder del sujeto titular de un derecho. En consecuencia, mientras derechos subjetivos de diversa clase pueden tener un mismo objeto, tienen necesariamente diverso contenido.<sup>32</sup>

Objeto de un derecho son aquellas acciones u omisiones que emanan de las obligaciones y constituyen su mismo contenido, cuyo cumplimiento es necesario para la

---

<sup>31</sup> Hermes Zaneti Junior, "Derechos colectivos "lato sensu": la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos "stricto sensu" y de los derechos individuales homogéneos", en *Revista peruana de derecho procesal*, No. 9, S/L, Communitas, 2006, pp. 625-649; Antonio Gidi, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 151, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. Disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1337>].

<sup>32</sup> José Luis Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil II: Cosas, Bienes y Derechos Reales*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2007, pp. 2 y ss.



realización del derecho. Esta definición, que incluye acciones y omisiones, parecería no encajar con lo que tradicionalmente se ha considerado en relación con los derechos sociales, puesto que la característica distintiva de estos derechos es su connotación prestacional. Conforme con esta posición los derechos civiles y políticos generan obligaciones negativas o de abstención, por lo cual el derecho podría verse satisfecho con un simple no hacer por parte de Estado, mientras que los derechos sociales implican obligaciones positivas para cuya realización es necesario un hacer por parte del Estado. No obstante, dicha diferencia está “basada sobre una visión totalmente sesgada y “naturalista” del rol y el funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa”,<sup>33</sup> por tanto no corresponden a la verdadera dimensión de los derechos.

Así que todos los derechos, sean civiles, políticos o sociales, requieren para su satisfacción, tanto prestaciones positivas cuanto negativas. Al no existir obligaciones negativas o positivas “puras”, las diferencias que pueden establecerse entre estos derechos, son variaciones que podrían ser calificadas de grado “en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno u otro tipo de derechos”.<sup>34</sup> Desde este punto de vista, sin duda el aspecto más visible de los derechos sociales, es la obligación de hacer, y por ello se suelen denominar derechos prestacionales, lo cual no excluye la presencia de obligaciones de no hacer.<sup>35</sup>

Otro elemento que demuestra las limitaciones conceptuales de la diferenciación

---

<sup>33</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. p. 23. Estos autores evidencian como incluso para los pensadores clásicos como Smith y Ricardo resultaba obvia en relación por ejemplo con la garantía de la libertad de comercio, la interrelación entre obligaciones negativas del Estado y una larga serie de obligaciones positivas vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensas, necesarias para el ejercicio de la libertad individual. Ver también, Carlos Nino, “Los derechos sociales”, en *Derecho y sociedad*, Buenos Aires, UBA, 1993, pp. 17 y ss.

<sup>34</sup> Francisco José Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 21.

<sup>35</sup> *Ibíd.*, Contreras Peláez afirma que en caso de los derechos sociales “la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; (...) la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho”.



antes planteada es el carácter social de la regulación jurídica que se le ha venido otorgando a algunos derechos tradicionalmente considerados como derecho negativos, así por ejemplo el derecho de propiedad cuyo carácter absoluto ha cedido frente a su función social.<sup>36</sup>

Establecida la relatividad de la distinción conceptual entre derechos, hay que pasar a analizar uno de los problemas principales en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales, y que está relacionado con la especificación de su contenido y, por tanto, de las obligaciones que de ellos se derivan. El problema radica en que a pesar de que los derechos sociales sean reconocidos a nivel constitucional, este reconocimiento debería ser necesariamente completado por el legislador, lo cual supondría, en ausencia de dicho desarrollo legal, una limitación a la hora de poder justificar por parte de las cortes, una resolución en favor de estos derechos.

Los esfuerzos teóricos utilizados por la teoría constitucionalista para demostrar el posible protagonismo del poder judicial frente a estos derechos, se han concentrado en individualizar fuentes externas de interpretación del contenido de los derechos sociales.<sup>37</sup> No obstante, estos argumentos siguen encontrando varias objeciones que pueden ser reconducidas a dos bloques. En primer lugar, la falta de especificación del contenido del derecho. Si la conducta debida no es constitucionalmente inteligible, es difícil establecer el incumplimiento del derecho por vía judicial ya que aunque el mismo pueda recibir una configuración que podríamos definir externa o internacional, el poder judicial no tiene posibilidad de incidir sobre la configuración de las políticas públicas y, en segundo lugar,

---

<sup>36</sup> Véase en la misma constitución de Ecuador el artículo 66 que en su numeral 26 establece que se garantiza; “el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental”. Lo mismo podría decirse por el derecho de daños, el de consumo, la libertad de expresión y prensa, la libertad de impresa, entre otros. En este sentido véase Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 26.

<sup>37</sup> Así Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 65 y ss. Véase también, Christian Courtis y Ramiro Ávila, eds., *La protección judicial de los derechos sociales*.



que el poder judicial carece de medios para ejecutar la sentencia de contenido económico.

Sin embargo, la Constitución de Ecuador da respuesta a todas estas objeciones ya que los derechos están perfectamente configurados en ella. Las políticas públicas tienen un contenido constitucionalmente garantizado que otorga al juez parámetros ciertos para intervenir en su ejecución; son derechos subjetivos y por tanto la sentencia resuelve en tal sentido, aunque sus efectos serán evidentemente también generalizables, y finalmente, en algunos casos la constitución establece una reserva de fondo que permite la ejecución de la sentencia. Para demostrar esta afirmación podría hacerse referencia específica a derechos como por ejemplo el de la salud, educación, seguridad social y vivienda. Sin embargo, el desarrollo argumentativo en relación a cada uno de ellos desbordaría el objeto de este trabajo y por esta razón solo se tratará el derecho a la educación.

## **5. Justiciabilidad del derecho a la educación y obligaciones del Estado en la Constitución de Ecuador**

La Constitución configura inicialmente, el derecho a la educación en los artículos que van desde 26 al 28, estableciéndose claramente sus características como un derecho de las personas a lo largo de toda su vida y como deber ineludible e inexcusable del Estado. Este deber justifica que la educación se configure como un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal en tanto constituye, o es garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir.<sup>38</sup> El objeto de la educación deberá centrarse en el ser humano para garantizar su desarrollo holístico en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; deberá ser una enseñanza “participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el

---

<sup>38</sup> Artículo 26 CPE.



sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar”. La educación se considera indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y por ello constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional.<sup>39</sup>

La educación deberá responder al interés público y no estará al servicio de intereses individuales o corporativos. Se deberá garantizar el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente. Así también, que el aprendizaje pueda desarrollarse de forma escolarizada y no escolarizada. Y finalmente se establece que la educación pública será universal y laica en todos sus niveles y que será gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.<sup>40</sup>

La enunciada configuración del derecho a la educación es desarrollada por el constituyente desde el punto de vista obligacional en la sección primera del primer capítulo del Título VII dedicado al “Régimen del buen vivir”.<sup>41</sup>

En esta parte de la constitución se establecen por un lado, las característica y finalidad del sistema nacional de educación, la creación de una institución pública que promueva la calidad de la educación, la gratuidad de la educación pública hasta el tercer nivel y sobre todo que la falta de transferencia de recursos en las condiciones señaladas será sancionada con la destitución de la autoridad remisa de su obligación así como las responsabilidades del Estado. Y, por otro, se regulan las obligaciones del Estado que promoverán el fortalecimiento de la educación pública y la coeducación; asegurarán el mejoramiento permanente de la calidad, la ampliación de la cobertura, la infraestructura física y el equipamiento necesario de las instituciones educativas públicas; garantizarán que los centros educativos sean espacios democráticos de ejercicio de derechos y convivencia

---

<sup>39</sup> Artículo 27 CPE

<sup>40</sup> Artículo 28 CPE.

<sup>41</sup> Desde el artículo al 357 CPE.



pacífica; que las modalidades de educación sean formales y no formales; que todas las entidades educativas impartan una educación en ciudadanía, sexualidad y ambiente, desde el enfoque de derechos así como, el respeto del desarrollo psicoevolutivo de los niños, niñas y adolescentes; el sistema de educación intercultural bilingüe, en el cual se utilizará como lengua principal de educación la de la nacionalidad respectiva y el castellano como idioma de relación intercultural y con total respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Así mismo, el Estado deberá erradicar todas las formas de violencia en el sistema educativo y velar por la integridad física, psicológica y sexual de las y los estudiantes; erradicar el analfabetismo puro, funcional y digital, y apoyar los procesos de post-alfabetización y educación permanente para personas adultas y la superación del rezago educativo, así como incorporar las tecnologías de la información y comunicación en el proceso educativo y propiciar el enlace de la enseñanza con las actividades productivas o sociales.

Además de ello, el artículo 165 de la Constitución al regular el estado de excepción determina, en su numeral dos, que el Presidente de la República podrá utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación, y el artículo 286 en relación con las finanzas públicas establece que “los egresos permanentes para salud, educación y justicia serán prioritarios y, de manera excepcional, podrán ser financiados con ingresos no permanentes”.

El contenido constitucional descrito demuestra que junto con el pleno reconocimiento jurídico de los derechos sociales y su justiciabilidad, existe una voluntad política incuestionable de invertir en programas y servicios sociales que garanticen efectivamente el acceso de los ciudadanos a los derechos sociales constitucionalmente garantizados y de esta voluntad deberá hacerse eco el poder judicial, así como la Corte Constitucional.

No obstante, si bien el nuevo constitucionalismo en general y la Constitución de



Ecuador en especial, han zanjado muchas de las objeciones que la doctrina planteaba a la configuración neoconstitucionalista de la justicibilidad de los derechos sociales, el nuevo paradigma constitucional no deja de plantear algún problema. En primer lugar, hay que cuestionarse acerca de los límites del juez a la hora de reconocer los derechos sociales. Y, para que ello sea posible, habrá que determinar hasta dónde puede llegar la conducta debida, es decir, hasta dónde se configuran las obligaciones del Estado en relación con cada uno de los derechos; lo cual implica la necesidad de una teoría de los límites al reconocimiento jurisdiccional de los derechos sociales.

En segundo lugar, al papel otorgado al juez por parte del constituyente con el fin de alcanzar una verdadera justicia material, implica la necesidad de un desplazamiento del foco de observación social que pasa de los poderes políticos al poder judicial, lo cual a su vez obliga a implementar una nueva cultura jurídica que apunte a este proceso. Y finalmente, habrá que investigar acerca de la sostenibilidad económica de cada uno de estos derechos y, en su caso, allí donde la Constitución nada dice, llegar a un acuerdo acerca de las prioridades con las cuales deban garantizarse estos derechos.

En este sentido, solo una teoría de los derechos sociales coherentemente elaborada desde esta nueva realidad jurídico política, puede contribuir a llenar estos vacíos y limitar el poder de los órganos jurisdiccionales. La manera en la que se aborden conceptual y jurídicamente los derechos sociales condiciona no solo el destino del constitucionalismo, sino también la posibilidad de conseguir una real redistribución de la riqueza e igualdad social.



## Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Añon Roig, María José, José García Añon, coords., *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Ávila, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar-sede Ecuador, 2011.
- “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edits., Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.
- Bárcena, Josu de Miguel, “Los derechos sociales y sus garantías en el ordenamiento constitucional español”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, No. 9, S/L, Tirant lo Blanch, 2011.
- Bilchitz, David, *Poverty and fundamental rights. The justification and enforcement of socio-economic rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.



- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- Bossuyt, Marc, "International Human Rights Systems: Strengths and Weakness", en Kathleen Mahoney y Paul Mahoney, eds., *Human Rights in the Twenty first century*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- Contreras Peláez, Francisco José, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994.
- Crego Gómez, María, "El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales", en *Lex social: revista de los derechos sociales*, No. 1, S/L, 2012.
- Cruz Parceros, Juan Antonio, "Sobre el concepto de derechos colectivos", en *Revista internacional de filosofía política*, No. 12, S/L, Universidad Autónoma Metropolitana, 1998.
- De Sousa Santos, Boaventura "La reinención del Estado y el Estado plurinacional", en *OSAL*, No. 22, año VIII, Buenos. Aires, CLACSO, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.
- "El derecho como sistema de garantías", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- Fried, Charles, *Right and wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- García Manrique, Ricardo, "Los derechos sociales como derechos subjetivos", en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 14, No. 23, S/L, Universidad Carlos III, 2010.
- Gargarella, Roberto, "Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", en *Jueces Para la Democracia*, No. 31, S/L, 1998.
- Gargarella, Roberto y Christian Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Serie Políticas sociales No. 153, Santiago de Chile, Cepal, 2009.



- Garrido Falla, Fernando, "El artículo 53 de la Constitución", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 21, S/L, Civitas, 1979.
- Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 151, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Gomes Canotilho, José Joaquín, "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 1, S/L, 1988.
- Hayek, Friedrich von, *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión, 1979.
- Henkin, Louis, *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981.
- Holmes, Stephen y Cass Sunstein, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, Nueva York-Londres, Norton, 1999.
- Jiménez Campo, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- Kartashkin, Vladimir, "Economic, Social and Cultural Rights", en Karel Vasak y Philip Alston, eds., *The International Dimensions of Human Rights*, Paris, Greenwood Press, 1982.
- Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994.
- Laporta, Francisco, "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", en Jaime Betegón, edit., *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- Luytgaarden, Eric Van de, *Introduction to the theory of Human Rights Law*, Utrecht, Universidad de Utrecht, 1993.
- Nino, Carlos, "Los derechos sociales", en *Derecho y sociedad*, Buenos Aires, UBA, 1993.
- "Los derechos sociales", en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez, comps., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.



- Noguera Fernández, Albert y Marcos Criado de Diego, “La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, No. 1, S/L, 2011.
- Pérez Calvo, Alberto, “Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Claudia Storini, José Francisco Alenza, Directores, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Pamplona, Aranzadi, 2012.
- Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, edits., *La protección judicial de los derechos sociales*, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 11, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”, en Gregorio Peces-Barba Martínez, *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Madrid, Dykinson, 1999.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, “Los derechos sociales y sus críticos”, en Vicente Theotonio, y Fernando Prieto, directores, *Los derechos económicos y sociales y la crisis del Estado de Bienestar*, Córdoba, Etea, 1996.
- Uprimny, Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”, en Rodrigo Uprimny y Mauricio García Villegas, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.



Viciano, Roberto y Rubén Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Luís Fernando Ávila Lizán, edit., *Política, justicia y Constitución*, Quito, Corte Constitucional, 2011.

Vidal Gil, Ernesto Jaime, “Los derechos humanos como derechos subjetivos”, en Jesús Ballesteros Llompart, coord., *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992.