

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: ALGUNAS EXPERIENCIAS EN ECUADOR*

Juana Sotomayor Dávila**

Parto de la noción de que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), como derechos humanos garantizados y protegidos por sistemas nacionales e internacionales vigentes en nuestros Estados, son derechos justiciables, es decir exigibles por la vía judicial, en sí y por sí mismos. En este sentido, el mayor desafío consiste en distinguir —con una combinación alquímica de rigor y creatividad— las estrategias y los casos concretos en los cuales se puede avanzar en su defensa, por sobre varios obstáculos: aquellos que se auto-imponen las funciones judiciales; las aparentes dificultades a la hora de alegar y probar obligaciones positivas y negativas de los Estados en relación con la noción de “conducta debida”; los límites propios de los procedimientos tradicionales; y la apenas emergente jurisprudencia en la materia.¹

Ahora bien, compartiré algunas de nuestras reflexiones en torno a dos aspectos centrales para la discusión. En primer lugar en relación con estrategias de exigibilidad de los DESC, en segundo lugar en relación con temas estratégicos para el avance de los DESC.

Nuestro trabajo en el Centro de Derechos Económicos y Sociales, (CDES)² combina diferentes estrategias que le dan contenido a la exigibilidad de los DESC, una de las cuales es, en efecto, el litigio. En otras palabras, el CDES no

*Ponencia presentada, en agosto de 2005, durante el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizado en instalaciones de la SRE, en Tlatelolco, D.F.

**Abogada y educadora. Coordinadora Unidad de Justicia, Centro de Derechos Económicos y Sociales, CDES, con sede en Ecuador.

¹ Estos enunciados son una brevíssima referencia a Víctor Abramovich y Christian Courtis, quienes han desarrollado y debatido con profundidad la exigibilidad de los DESC en varios de sus libros, en particular cabe citar *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, cap. 3, pp. 117 a 254.

² www.cdes.org.ec

considera que el litigio por sí solo constituya la mejor o la única forma de proteger, promover y garantizar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Más bien, promovemos estrategias integrales³ y múltiples que combinan aspectos judiciales, de incidencia, de presión política, de comunicación, de fortalecimiento, todas las cuales se nutren entre sí. Así, por ejemplo, se enfatiza el fortalecimiento de las organizaciones sociales, de los actores sociales y de las propias comunidades, no en una dimensión exclusiva de “víctimas” de violaciones, sino de actores de procesos de reivindicación de sus derechos. De lo que se trata es de fortalecer *la noción de sujetos de derechos*, individuales o colectivos, ejes de una cultura de derechos como un mínimo básico para las democracias que queremos construir.

El segundo punto relevante para alimentar nuestras estrategias, más allá de la comprensión específica del caso y sus posibilidades, es el de investigación y comprensión del contexto nacional y regional en el cual se están desarrollando los hechos específicos, en términos macroeconómicos, en su relevancia global e, incluso, geopolítica. Cabe entonces enfatizar la importancia de las estrategias políticas. En DESC, una estrategia legal fortalece y retroalimenta estrategias política de incidencia y presión, y viceversa. Desde nuestra perspectiva, si consideramos que se pueden combinar estos diversos elementos con una posibilidad de litigio, entonces decidimos intervenir en un determinado caso. La experiencia nos va mostrando que hay mayores posibilidades de sostener un proceso si la estrategia es integral y múltiple.

La segunda reflexión preliminar tiene que ver con el análisis de los temas estratégicos para la comunidad de defensa de los DESC al momento de determinar los casos a ser documentados y litigados. En este sentido, hay temas que nos preocupan y nos ocupan a todas y todos, que están posicionados en la opinión pública y que pueden apoyar para enfrentar al modelo económico y político dominante, cuya prioridad, como sabemos, no es la protección de los DESC ni de las mayorías. Por ejemplo, los temas presupuestarios y de redistribución efectiva de la riqueza en el continente más equitativo del mundo, como es el nuestro; o el tema de responsabilidades de actores no estatales (p. ej. compañías transnacionales extractoras de recursos naturales), o los impactos de las negociaciones y aplicación de acuerdos y tratados comerciales; temas cuya repercusión es determinante

³ Para analizar diversas estrategias y posibilidades de trabajo en torno a los DESC, ver, por ejemplo: Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (PIDHDD) “Para exigir nuestros derechos”, Bogotá, 2001; Programa Internacional de Becas en Derechos Humanos y Forum-Asia, “Círculo de Derechos”, 2000.

no solo para la vigencia sino para la propia comprensión de la centralidad y prioridad de los DESC en la actualidad.

Para todo lo señalado, se hace especialmente relevante la necesidad del trabajo interdisciplinario por los DESC, lo cual significa el reconocimiento expreso de que éste no es un ámbito exclusivo de abogados y abogadas. Esa precisión es muy útil porque mucho de lo que se discute y propone viene desde una vertiente jurídica de los derechos, pero no se agota en dicha visión. Para la defensa efectiva y eficaz de los DESC en el siglo XXI se requiere, sin duda, también, de activistas comprometidos y de otros profesionales, como economistas, antropólogos, ambientalistas, salubristas, polítólogos.

A continuación, describiré algunas de nuestras experiencias y la forma en la que vemos estos temas claves. En primer lugar, debo señalar que en Ecuador se hizo una reforma constitucional en 1998, la cual se nutrió del proceso de reformas llevadas a cabo en los años noventa en diversos países latinoamericanos, entre ellos Colombia y Bolivia. La Constitución⁴ vigente en la actualidad incluye una amplia gama de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, colectivos, de pueblos indígenas, ambientales, y, en esta dimensión, es catalogada como una constitución progresista. Vista en retrospectiva y a la luz un tanto siniestra de los últimos momentos críticos vividos en mi país, parece ser que la debilidad estuvo y continúa estando en la institucionalidad. Por si esto fuera poco, debemos mencionar que el contexto general de protección y avance de derechos fue más favorable en la década pasada, no sólo en el país, sino en la región, accusando en la actualidad un deterioro por varios factores, entre ellos, la criminalización de la protesta social bajo el paraguas de la lucha contra el terrorismo, la re-formulación de temas como la seguridad ciudadana y la profundización de algunas políticas de ajuste estructural.

Así, el Ecuador resulta ser un país de evidentes paradojas. Por un lado contamos con un amplio catálogo de derechos garantizados por la Constitución; por otro la jurisprudencia es escasa; por una parte contamos con la garantía de supralegalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados; por otro lado es mecanismo frecuente la afectación de derechos humanos vía reglamento.

Es en este marco que defino algunas reflexiones sobre paradojas y aprendizajes que de ellas surgen. A manera de memoria histórica, el CDES surgió en Ecuador como un programa de investigación para documentar

⁴ El texto constitucional vigente está disponible en <http://www.ecuador.org/constitucion.pdf> (octubre 20 de 2005).

las violaciones al derecho a la salud y a un ambiente sano que dio inicio a lo que hoy se conoce como “caso Texaco”, esto es, los impactos negativos causados por la explotación petrolera de esta empresa norteamericana en el norte de la Amazonía ecuatoriana.

Texaco, durante casi 30 años de explotación petrolera, afectó a seis pueblos indígenas amazónicos, alrededor de 60 000 personas en ello; contribuyó a la desaparición de uno de estos pueblos —los Tetetes— y causó daños incalculables en el bosque, los ríos, y la salud de las comunidades en alrededor de 480 mil hectáreas. Devastó, con más de 24 millones de galones derramados e impulsó la colonización de cerca de un millón de hectáreas a causa de más de 500 km de carretera construida. El caso Texaco marcó un antes y un después en el mundo ambiental, en el mundo petrolero y en la discusión sobre derechos de los pueblos indígenas y del derecho a un ambiente sano en Ecuador, a pesar de que, paradójicamente, es un caso aun no resuelto por los tribunales, que lleva más de 12 años de litigio nacional e internacional y que aún no podría ser catalogado en sí mismo con “un éxito judicial”.

Como sabe la comunidad de derechos humanos por su historia, no todos los casos se ganan para las víctimas específicas de ellos, o para todas las víctimas en un momento dado. Algunos casos, como este ejemplo que he narrado brevemente, constituyen emblemas de una lucha, ya sea por la discusión y el alcance que logran generar en términos de responsabilidades y de reformulación de los principios y derechos en juego, ya sea por el camino que abren para otros casos y situaciones.

Mientras que el caso Texaco fue devuelto a la jurisdicción ecuatoriana por una Corte de Apelaciones en Nueva York en abril del 2003, para su resolución, y al momento se encuentra en una etapa de inspecciones judiciales de los sitios y aguas tóxicas aún existentes, su relevancia a nivel nacional e internacional ha sido enorme. Es a partir de la demanda original impulsada en contra de Texaco en 1993, que varios aspectos de la política petrolera cambiaron en Ecuador y, sobre todo, de la lógica de la defensa del derecho a la consulta previa y de la posibilidad de que David se enfrente a Goliat: un grupo de campesinos e indígenas del Sur frente a una de las mega empresas transnacionales.

En este sentido, cada lucha por derechos constituye un eslabón de una cadena. Sin el caso Texaco no hubieran sido posibles algunas de las siguientes acciones por la defensa de otros derechos colectivos en varios países de la región. En este sentido, me gustaría citar un segundo ejemplo. En

1998, al poco tiempo de que se reformara la Constitución y de que entrara en vigencia el Convenio 169, una organización indígena denominada Federación del pueblo shuar en la Amazonía del centro-sur de Ecuador (FIPSE) presentó un amparo constitucional en contra de la compañía *Arco Oriente* por una concesión en el bloque 24 que no respetaba el derecho a la consulta previa e informada de este pueblo. Es la primera acción de amparo constitucional que se ganó específicamente alegando derechos de esta Constitución, y sirvió para detener el proceso de ampliación de la frontera petrolera en esta región. Su impacto ha influido en el fortalecimiento de esta y otras organizaciones indígenas, ha sido determinante para la difusión de derechos y de esta figura específica de defensa de derechos y ha dotado de una mayor claridad sobre los riesgos de las concesiones petroleras en territorios indígenas y de alta biodiversidad. Adicionalmente, la violación del derecho a la consulta, fue confirmada por el Consejo de la Administración de la OIT por la violación del Convenio 169, reclamación presentada gracias a otra estrategia que se ha utilizado mucho en Latinoamérica y ha dejado sus frutos: la alianza entre comunidades indígenas y sindicatos, en este caso la CEOLS.

Un tercer ejemplo de particular relevancia es el del Pueblo Kichwa de Sarayaku. Sarayaku está en el centro sur de la Amazonía ecuatoriana y es, en la actualidad, un símbolo de la lucha por la defensa de su territorio, sus derechos culturales y su forma de vida. Sarayaku fue un pueblo precursor, ya en el año de 1992 obtuvo el dominio territorial por parte del Estado ecuatoriano (aprox. 130 000 has). Lamentablemente, este territorio fue posteriormente incluido en un contrato de participación para la exploración y explotación petrolera firmado por el Estado ecuatoriano con la compañía argentina CGC (bloque 23). El Estado ecuatoriano no consultó a la comunidad antes de dicha concesión, ni obtuvo el consentimiento previo e informado que requería. Entre 1996 y el año 2002, cuando ya estaban vigentes las normas constitucionales y el Convenio 169 de la OIT, la empresa, con apoyo de los gobiernos de turno, pretendió obtener dicho consentimiento por medios fraudulentos; a pesar de existir un amparo constitucional a favor de la comunidad y de un informe de la Defensoría del Pueblo también a su favor. Sistématicamente los miembros de este pueblo y sus dirigentes se negaron. A partir del 2003 comenzaron las agresiones físicas, se bloqueó la libre circulación por la principal vía de navegación y comunicación, el Río Bobonaza; se torturó a varios miembros de la comunidad; hubo secuestros y tentativas de violación sexual. Sarayaku solicitó en primer término ante

la Comisión Interamericana de derechos Humanos medidas cautelares, que luego se ampliaron a medidas provisionales por parte de la Corte.⁵

Sarayaku se ha convertido en un símbolo de una lucha por proteger su territorio, por el derecho a decir *no* en una consulta, por dotar de comprensión a la consulta, y por una combinación de estrategias, tácticas y alianzas claramente definidas desde una perspectiva de derechos. En la actualidad, como parte de lo exigido por la Corte Interamericana por parte del Estado ecuatoriano para dar cumplimiento a las medidas provisionales, se encuentra luchando para que se retire alrededor de una tonelada y media de explosivos —cargas de entre 3 y 5 kg de pentolita en 476 puntos— que fueron colocados por la empresa CGC en su territorio y abandonados.

En un reciente recurso de amparo presentado por varias organizaciones con relación al Parque Nacional Yasuní y en protección de pueblos indígenas contra la petrolera Petrobras, el Tribunal Constitucional confunde lo legal con lo legítimo, con lo cual evade el tratamiento del fondo; considera que, con sólo haber realizado estudios sobre impacto ambiental, sin importar las observaciones que de ellos se desprendan, es suficiente y en base a ello, no concede el amparo constitucional. Además de que este ejemplo muestra la poca consistencia que ha existido en la consideración de temas similares por parte del Tribunal Constitucional, cabe decir que este recurso se desarrolló dentro del contexto de un profundo deterioro de algunas instituciones en el Ecuador. Como quizás muchos de ustedes saben, en el Ecuador no tenemos una Corte Suprema ni un Tribunal Constitucional desde diciembre del año 2004. Parte de las causas del derrocamiento del coronel Lucio Gutiérrez en abril fue precisamente el rechazo a su injerencia en el poder judicial y en el nombramiento de una Corte Suprema *de facto*. No cabe duda, de que la protección de todos los derechos humanos sufre, porque si estas instituciones no están operando se resquebraja todo el sistema.

En otros ámbitos de litigio sobre DESC se observan también resoluciones paradójicas. Así, por una parte, el Tribunal Constitucional aceptó un recurso de amparo sobre temas presupuestarios, presentado por una Universidad Católica de la ciudad de Cuenca⁶ a la que se le había reducido su partida presupuestaria entre un año y el posterior, alegando que dicha reducción constituía una violación del derecho a la educación. Sin embargo,

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de Medidas provisionales del 17 de junio de 2005/ CDH-S/1057.

⁶ Resolución No. 664-2002-RA de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, 24 de enero de 2003.

sobre el mismo tema de reducciones presupuestarias, el Tribunal Constitucional, como respuesta confirmatoria a una apelación a la acción de amparo denegada el 12 de Octubre de 1999, en Junio del 2000 sostuvo entre otras cosas que: "...el Presidente y el Congreso han cumplido con sus obligaciones constitucionales de procedimiento al elaborar y aprobar el Presupuesto y, por tanto, no hay violaciones de la Constitución",⁷ sin entrar a debatir lo sustantivo de la acción plateada ni de las violaciones alegadas (derecho a la salud, principalmente).⁸

Otros ejemplos resultan también relevantes, si recordamos el vínculo entre discriminación por razones de género y DESC. Así, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre un despido intempestivo en contra de una mujer cuando ejercía su licencia de maternidad. Esto es relevante en la medida en que el Tribunal reconoce el derecho al trabajo y lo garantiza incluso en relación con el permiso por maternidad. Lamentablemente, este tipo de situaciones suceden diariamente y sólo se ha presentado y apelado un caso a través de recurso de amparo, lo cual no necesariamente implica ni un patrón de protección de derechos sociales en relación con maternidad, ni que se haya sentado un precedente para futuros recursos, lo cual en nuestra jurisprudencia no tiene lugar. Paradójicamente, el derecho al trabajo es uno de los derechos sociales más conocidos y de más larga data en nuestra región, y es uno de los derechos que más se ha debilitado en los últimos años. El despido intempestivo, la flexibilización laboral, la tercerización, la maquila, la exigencia de utilizar métodos anticonceptivos para mantener o acceder a un trabajo, entre otras múltiples medidas relacionadas con el trabajo, no se someten al conocimiento de las cortes y no se discuten, por tanto, ni siquiera los contenidos mí nimos del derecho al trabajo.

Un último ejemplo que muestra las paradojas e incoherencias que se pueden observar en el sistema judicial en Ecuador se relaciona con el tema de VIH-SIDA. Por una parte, en una medida sin precedentes, el Juez duodécimo de lo civil de Pichincha, el 21 de octubre del 2003, aceptó un recurso de amparo de personas con VIH-SIDA que exigían medicamentos retrovirales y ordenó su entrega inmediata. Dicha sentencia se ha cumplido a cabalidad para las cinco víctimas que presentaron el amparo. Sin embargo, en otra jurisdicción también se presentó otro recurso de amparo en relación con una niña de cuatro años que fue contagiada de VIH por una transfusión de sangre

⁷ Tribunal Constitucional, Caso No. 1118-99-RA, 19 de junio de 2000.

⁸ Centro de Derechos Económicos y Sociales, "La Exigibilidad del derecho a la salud", Quito, febrero de 2002, 2a. ed. revisada.

y que fue expulsada de la escuela un año después. El Tribunal Constitucional, en una deplorable resolución, alegó que el derecho a la educación de los demás niños de la escuela era prioritario, negó el amparo constitucional y sugirió que la niña recibiera clases tutoriales fuera de la escuela.

En Ecuador, el nivel de inseguridad jurídica a la hora de predecir la actuación y decisión de los jueces hace que no confiemos exclusivamente en las cortes para la defensa de derechos y nos remite a explorar y utilizar otras estrategias. En ese sentido, las estrategias de comunicación, las estrategias políticas, las estrategias de investigación y de discusión de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son indispensables para contrarrestar algunos de los reveses que podemos sufrir en tribunales y cortes.