



Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos

ISSN: 1390-8081

ISSN: 2477-9245

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN)

López Andrade, Adrián Raúl

La judicialización de políticas públicas: caso del Ministerio de Salud Pública en Ecuador en 2011 y repercusiones en el Estado constitucional de derecho

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos, vol. 2, núm. 5, 2017, Julio-Diciembre, pp. 135-154
Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN)

DOI: https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v2.n5.2017.56

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=684272409006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La judicialización de políticas públicas: caso del Ministerio de Salud Pública en Ecuador en 2011 y repercusiones en el Estado constitucional de derecho

Judicial action on public policies: the case of the Ministry of Public Health in Ecuador in 2011 and repercussions under constitutional rule of law

Adrián Raúl López Andrade

Docente e investigador del Instituto de Altos Estudios Nacionales, Ecuador¹

Correo electrónico: adrian.lopez@iaen.edu.ec

Recibido: 28-febrero-2017. Aceptado: 31-marzo-2017.

Resumen

La Constitución ecuatoriana de 2008 elevó a las políticas públicas a garantías constitucionales de derechos, junto con las normativas y jurisdiccionales. El legislador constituyente pudo haber previsto parcialmente consecuencias de hacerlo; sin embargo, es en la práctica que se da su desenvolvimiento pleno. El entrecruzamiento de garantías jurisdiccionales con garantías de política pública se materializó en 2011, cuando dos organizaciones de la sociedad civil que agrupan personas portadoras del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) presentaron una petición de medidas cautelares, la cual fue resuelta por un juez de primera instancia en la provincia del Guayas, quien ordenó al Ministerio de Salud Pública que reformule una de sus políticas. Este mecanismo de judicialización trastoca fórmulas ortodoxas de entender la política pública y el involucramiento del poder judicial en su ciclo. Este caso sirve para desvirtuar objeciones al involucramiento del judicial en ámbitos considerados privativos del ejecutivo y el legislativo. Las repercusiones de ello trascienden el campo de los derechos sociales y pueden conducir de forma eventual al pronunciamiento de la justicia sobre otros ámbitos.

¹ Es también docente titular de la Universidad Central del Ecuador y docente invitado en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo y la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, las cuales también facilitaron el proceso de investigación del presente artículo.

Palabras claves: políticas públicas, poder judicial, Corte Constitucional del Ecuador, Estado constitucional, judicialización.

Abstract

The Ecuadorian Constitution of 2008 recognized public policies as constitutional rights guarantees, along with the normative and jurisdictional ones. The constitutional legislator may have partially foreseen consequences of doing so; however, it is through practice that they fully develop. The intertwining of jurisdictional guarantees with guarantees of public policy came together in 2011, when two civil society organizations of people with HIV filed a request for precautionary measures, which was resolved by a judge of first instance in the province of Guayas, who ordered the Ministry of Public Health to reformulate one of its policies. These judicial actions overturn orthodox formulas of understanding public policies and the involvement of the Judiciary in their cycle. This case serves to distort objections to the involvement of the Judiciary in areas considered exclusive to the Executive and Legislative branches. The repercussions of this transcend the field of social rights and can lead eventually to the pronouncement of justice on other fields.

Keywords: public policies, Judiciary, Constitutional Court, constitutional rule of law, judicial action.

1. Introducción

La corriente del constitucionalismo social irradió de modo considerable la producción jurídica de los países latinoamericanos desde inicios de la década de 1990 (Abramovich y Curtis, 2009). Ecuador no es la excepción. Al contrario, se irguió como su ejemplo por excelencia en la región andina a inicios del siglo ^{XXI} (Ávila, 2008). Lo hizo sobre la base de una redefinición del Estado, estableciendo uno constitucional de derechos y justicia (Ávila, 2009; Benavides, 2010). Además de erigir un catálogo abundante de derechos constitucionales, en línea con la apuesta por la rigidez constitucional y con el llamado por la positivización detallada de derechos que hace el neoconstitucionalismo, el legislador constituyente hizo hincapié en el desarrollo de garantías constitucionales para el efectivo cumplimiento de los derechos.²

A las más tradicionales garantías normativas y jurisdiccionales, la Constitución ecuatoriana promulgada en octubre de 2008 elevó a ese mismo nivel a las políticas públicas como garantías constitucionales de derechos. Esto supuso, de

2 Según Luigi Ferrajoli (1992: 63), “esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no solo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo”.

forma contradictoria, consecuencias lógicas, desde el análisis jurídico, a la vez que sorpresivas por no ser del todo presagiadas, desde sus repercusiones políticas. En concreto, la virtualidad jurídica que adquirieron las políticas públicas trastocó fórmulas más tradicionales de comprender a estas, a partir su ámbito conceptual así como de su operación práctica en la administración pública.

Si bien las discusiones en torno a la *justiciabilidad* de los derechos sociales tienen ya una cierta trayectoria, inclusive con estudios locales específicos (Abramovich y Courtis, 2002; Ruiz y Plazas, 2011), no deja de ser cierto que estas investigaciones toman como punto de partida al derecho, dejando un espacio considerable para los estudios desde las ciencias sociales como la ciencia política o la sociología, algo que viene a constituir en palabras de Ramiro Ávila (2008: 38) “una deuda”.³ En este sentido, el artículo presenta, desde el estudio de las políticas públicas como subdisciplina de la ciencia política, un análisis de bases empíricas sobre el entrecruzamiento de las garantías constitucionales de derechos reconocidas en 2008 en Ecuador, en función de un caso específico ventilado en las cortes ecuatorianas ante el pedido de medidas cautelares que dos organizaciones de la sociedad civil que trabajan con personas portadoras del VIH realizaron en 2011.

Si bien el análisis se circunscribe a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), la intención del mismo es rebasar esta clasificación tradicional —y en alguna medida ya anacrónica—, demostrando que la judicialización de las políticas públicas es un instrumento poderoso de consecuencias aún imprevisibles en el desarrollo progresivo también de otros objetos jurídicos fundamentales. En otras palabras, el paulatino y creciente rol de los jueces sobre ámbitos previamente entendidos como privativos del ejecutivo y el legislativo no se limita a políticas públicas del frente social, sino que potencialmente modifica los esquemas de *accountability* en todo el espectro sectorial y territorial de las políticas.

En una primera parte, el artículo discute diferentes orientaciones en torno al estudio de las políticas públicas y del papel concurrente de los poderes del Estado, enlazando esto con los desarrollos teóricos sobre las obligaciones del Estado en relación con el desarrollo progresivo de los derechos. A continuación, una segunda parte se encarga de exponer la petición de medidas cautelares que la Fundación Vida Libre y la Asociación de Mujeres, Niñas y Adolescentes Viviendo con VIH “Mujeres Positivas” ICW-Ecuador presentaron en contra del Ministerio de Salud Pública, ante el desabastecimiento de medicamentos antirretrovirales y otros reactivos en la red pública de salud, llevando a que un juez de primera instancia, actuando como juez constitucional, ordenara al ministro del ramo que reformule una de las políticas de su cartera de Estado.⁴ En la tercera parte se responde, a partir del caso en mención, una batería de cinco cuestionamientos tradicionales —recogidos por Abramovich y Courtis— de por qué el judicial no

3 En las conclusiones de su estudio, Ramiro Ávila (2008: 38) indica: “cabe resaltar, y como una deuda, que el análisis realizado en este ensayo es más desde la teoría del derecho que desde la sociología”.

4 La ICW, por sus siglas en inglés, es la Comunidad Internacional de Mujeres Viviendo con VIH/sida, una red internacional dirigida e integrada por mujeres, niñas, adolescentes y jóvenes con VIH. Cuenta con capítulos en diversos países, uno de ellos Ecuador.

debería intervenir en asuntos de política pública. Con ello, por último, se plantean conclusiones y reflexiones sobre lo que el reconocimiento de las políticas públicas como garantías constitucionales de derechos acarrea para el amplio espectro sectorial de las políticas en un Estado constitucional de derechos y justicia.

2. Las políticas públicas, los derechos sociales y las obligaciones del Estado

Comúnmente, el énfasis en el estudio de las políticas públicas ha estado en la Legislatura y en la Administración, a partir de la realización de que la primera de ellas, por medio de normas, manda lo que se puede hacer y, de forma simultánea, proscribire aquello que no; mientras que la segunda de ellas moviliza recursos públicos dentro del marco institucional legislado (Abramovich y Courtis, 2009).⁵ Esto se remonta a las mismas líneas sobre las cuales las revoluciones constitucionales del último cuarto del siglo XVIII pensaron la división o separación de poderes (López, 2006). En el libro *El Federalista*, número 78, Alexander Hamilton sostuvo, sin espacio a titubeos, que el judicial era el más débil de los tres poderes:

Quien atentamente considere los distintos departamentos del poder, percibirá que en un Gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no solo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee FUERZA ni VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos (Hamilton, 2001: 401).⁶

Bajo este entendimiento, a menudo se ha asociado a la política pública casi de forma exclusiva con las potestades administrativas del Poder Ejecutivo. Esto ha contribuido a estabilizar una visión ortodoxa de las políticas públicas centradas en la rectoría del Ejecutivo, la cual ejerce por medio de sus ministerios. Resulta común que una de las condiciones primordiales para una política pública sea la movilización plausible de recursos, enfatizando aquellos fondos financieros que instrumentan las arcas públicas para atender a la población (Meny y Thoenig, 1992).

A su vez, las formas estatales de corte decimonónico que perduraron hasta mitad del siglo XX y, en algunos casos como América Latina inclusive hasta sus

5 A decir de Víctor Abramovich y Christian Courtis (2009: 9-10), “al poder judicial le cabe un papel subsidiario: le corresponde actuar cuando los demás poderes incumplan con las obligaciones a su cargo, sea por su propia acción, por no poder evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho, o por incumplimiento con las acciones positivas debidas”.

6 La traducción es mía.

últimas décadas, otorgaron un supuesto monopolio de la ley sobre el derecho; es decir, se presupone que el Legislativo controla de modo privativo la producción legislativa y por ende del derecho (Ferrajoli, 2001; Trujillo, 1994). Se trata de lo que conocemos como el Estado legal de derecho, el cual responde a un modelo *paleoiuspositivista* de Estado legislativo. Es un tipo de Estado de derecho en el cual el principio de legalidad es la norma que otorga reconocimiento del derecho válido.

Así, la intervención del judicial se limita a operaciones más bien mecánicas y reactivas: cumple con actuar lo que los legisladores determinaron y pusieron por escrito en códigos legales ante casos puntuales que le son presentados por iniciativa ajena a sus jueces. De la mano con ello, se le deja un papel marginal, en el mejor de los casos, y prácticamente inexistente, en la mayoría de ellos, en el campo de las políticas públicas.

Esto resulta relevante, pues el surgimiento del campo de estudio de las políticas públicas se dio dentro de este marco a mediados del siglo xx y con una fuerte influencia de la academia estadounidense (Nelson, 2001; Meny y Thoenig, 1992). Esto repercutió en la presunción de la existencia de condiciones de una democracia liberal estable, caracterizada por el funcionamiento constante y efectivo de pesos y contrapesos en el Estado, además de la creación de espacios continuos de producción académica con autonomía relativa para la observación y el cuestionamiento del aparato estatal. Entonces, es en gran medida la tradición institucionalista originaria de James Madison —otro de los autores de *El Federalista* junto a Hamilton y John Jay— la que marcó un derrotero para comprender que el despliegue del poder institucionalizado ayuda a controlar lo que Madison y sus contemporáneos denominaron pasiones humanas para poder servirles mejor desde el gobierno (Seidelman & Harpham, 1985).

Es desde esa óptica que podemos comprender el cambio del papel del Estado luego de la Segunda Guerra Mundial. Siguiendo a Miguel Carbonell (2009: 62):

Hay que recordar que, para el primer constitucionalismo, los derechos tenían que imponerse frente al Estado; es decir, los derechos se consideraban como una especie de valladar frente a las intromisiones de una estructura estatal que, antes de los movimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos, se conducía de manera despótica y no estaba sujeto a más límites que la voluntad del emperador, del rey o del caudillo.⁷

Con el advenimiento del Estado social, Carbonell (*ibid.*) advierte un cambio de fondo: “Los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo los de carácter social”. Sin embargo, es necesario matizar este aparente cambio por varias razones. En primer lugar, la distinción entre los Estados liberales de fines del siglo xviii y del siglo xix y los Estados sociales de la segunda mitad del siglo xx resulta, sobre todo, analítica; es decir, sirve como aproximación, pero no es posible apuntar un parteaguas temporal definitivo ni

7 Es necesario cuestionar una caracterización tan general, pues inclusive las monarquías absolutistas tenían procedimientos normados e instancias de control. Véase, por ejemplo el trabajo de Tamar Herzog (1995).

tampoco sostener que el Estado social reemplazó a los estados previos. Se trata más bien de un proceso paulatino de transformación en el que condiciones de uno y otro coexisten en un determinado Estado en un mismo momento. En segundo lugar, las dinámicas geográficas propias obligan a mantener ciertas reservas sobre un esquema centrado en Estados Unidos y Europa, toda vez que los procesos endógenos de regiones como América Latina son cualitativamente distintos y no anticipan un progreso lineal teleológico.

Con esto en mente, se puede comprender de mejor manera las discusiones en el seno de la Organización de las Naciones Unidas desde sus primeros años sobre la distinción entre, por un lado, derechos civiles y políticos y, por el otro lado, derechos económicos sociales y culturales. En un principio se pensó en crear un solo Pacto para el conjunto de derechos, pero en la sesión de la Asamblea General, realizada en París el 5 de febrero de 1952, se decidió de manera definitiva que se debía elaborar dos pactos distintos: un Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y uno de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Simsarian, 1952; Donnelly, 1988). Las motivaciones para esta diferenciación guardaron estrecha relación con la comprensión de lo que era un derecho y de las consiguientes obligaciones que ello acarrearba para los Estados:

Aunque el término “derechos” se usa tanto en los artículos civiles y políticos como en los artículos económicos, sociales y culturales, se utiliza en dos sentidos diferentes. Los derechos civiles y políticos se consideran como “derechos” que se deben dar efecto con prontitud. Los “derechos” económicos, sociales y culturales se consideran como objetivos hacia los cuales los países que ratifican el pacto se comprometen a esforzarse, alcanzando estos objetivos “progresivamente” durante un período de tiempo mucho más largo (Simsarian, 1952: 711).⁸

Atado a ello, estuvo muy marcado el entendimiento de que, a diferencia de los derechos civiles y políticos que sí podían realizarse principalmente mediante medios legislativos, los económicos, sociales y culturales requerían de fondos del Estado, por lo que no podía asegurarse su cumplimiento inmediato, pues la disponibilidad de recursos resultaba ser una barrera infranqueable. Se dio una distinción entre derechos propiamente dichos y “derechos-prestación”; los primeros, se argumentaba, requerían solo de obligaciones negativas del Estado, mientras que los segundos, en cambio, dependían de obligaciones positivas. Por obligaciones negativas entendemos que el Estado debe abstenerse de violentar derechos y con ello están garantizados; por ejemplo, el derecho a la vida. Las obligaciones positivas, por otra parte, requieren desembolsos considerables y movilización proactiva del aparato estatal; por ejemplo, el derecho a la vivienda. De esta suerte, “contra la exigibilidad de los derechos sociales, aun cuando tengan reconocimiento constitucional, se dice que como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de

⁸ La traducción es mía. Es preciso tener presente que Simsarian era, en aquel preciso momento, consejero del representante de los Estados Unidos a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y oficial responsable de Asuntos Culturales y de Derechos Humanos en las Naciones Unidas del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

fondos públicos, y que por ello el poder judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer” (Abramovich y Courtis, 2009: 4-5).

Esta debilidad o carencia de virtualidad jurídica de los derechos sociales se vio reflejada en la comprensión de las políticas públicas. Barbara Nelson (2001: 800-804) sistematizó varias definiciones a lo largo de la segunda mitad del siglo xx, y encontró que se condensan en tres tipos: 1) como un campo de estudio; 2) como procedimiento; y 3) como solución a problemas. En el primer caso, Lawrence Mead (1995: 1) las entiende como una “aproximación al estudio de la política que analiza el Gobierno a la luz de los asuntos públicos más importantes”. Como procedimiento, James Anderson (1990: 5) las definió como “una secuencia intencionada de acción seguida por un actor o un conjunto de actores a la hora de tratar con un asunto que los afecta [y son] desarrolladas por cuerpos gubernamentales y sus funcionarios”. Por último, entre las definiciones relativas a la solución de problemas, Harold Lasswell (1971: 1) sostuvo que “como definición de trabajo, decimos que la ciencia de las políticas se ocupa del conocimiento *de y en* los procesos de decisión del orden público y civil”, puesto que “la ciencia de las políticas está particularmente preocupada por el desempeño del Gobierno y de organizaciones privadas para solucionar problemas” (*ibid.*: 57).⁹

La vigencia de este conjunto de definiciones no está en cuestión, pero sí la integración del poder judicial como un actor que de modo potencial empata bien con las tres, pero no necesariamente estuvo pensado así desde un inicio. A inicios de la década de 1970, Lasswell se daba cuenta de un fenómeno:

Más legisladores están percibiendo que la suerte de las legislaturas como instituciones de orden público depende de mejorar el realismo de su producción simbólica, lo que a su vez depende de la movilización del conocimiento. A menos que las legislaturas logren un nivel de funcionamiento contextual y de resolución de problemas, éstas no sobrevivirán. Aquellos asuntos que el poder Ejecutivo todavía no controla, entrará a hacerse cargo, en parte por su realismo superior, en parte por su superioridad táctica en la administración de la coerción (1971: 38).¹⁰

El balance de Lasswell insiste en las prerrogativas administrativas y legislativas de los poderes políticos, sin advertir que una consecuencia de esto bien puede ser la activación judicial para la garantía de derechos y su apareamiento frontal en el campo de las políticas públicas. Estamos ante una explicación alternativa, aunque no mutuamente excluyente, al activismo judicial invocado por el neoconstitucionalismo (Zabrebelsky, 2009; Comanducci, 2002). El Poder Judicial necesita justificarse socialmente por medio de intervenciones políticas. Así se podría entender, entre muchos otros casos, al fallo de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso de *Obergefell* frente a *Hodges*, en el que establecieron que, “si bien la Constitución contempla que la democracia es un proceso adecuado

9 La traducción es mía. Lasswell utilizaba el concepto de *policy sciences* en inglés. En aquel momento Lasswell abogaba por el reconocimiento de un espacio disciplinario propio para las políticas públicas, por lo que aplicó este concepto. En castellano he traducido a “ciencia”, en singular, y a “políticas públicas”, en plural.

10 La traducción es mía.

para el cambio, los individuos que son lesionados no necesitan esperar acciones legislativas para hacer valer un derecho fundamental” (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 2015: 5).¹¹ De esta forma, los desafíos contemporáneos de brindar rendimientos verificables de la acción gubernamental para con la población no escapan al judicial.

Esto repercute de manera directa no solo en el campo del *problem-solving* de las políticas, sino también en el *policy-process*, puesto que el control constitucional de las políticas públicas rebasa la posibilidad legal que ha tenido por décadas para hacerla una práctica material cotidiana. En línea con eso, análisis más contemporáneos de las políticas públicas que enfatizan los procedimientos desde el nuevo institucionalismo, tales como el de Carlos Scartascini, Pablo Spiller, Ernesto Stein y Mariano Tommasi (2011: 14-15), resaltan el papel del Poder Judicial, en especial como tecnología de *enforcement*, es decir, para garantizar el cumplimiento efectivo de compromisos: “Los temas de credibilidad y capacidad de *enforcement* de acuerdos políticos y de política pública son cruciales para que los actores políticos puedan comprometerse y participar en transacciones intertemporales o, más generalmente, para que puedan cooperar”. Como hemos visto, sin embargo, esta capacidad de *enforcement* no se restringe a un control *ex post* sino que, de hecho, se materializa en intervenciones proactivas.

De esta manera, opuesto al modelo *paleoiuspositivista*, como lo refería Ferrajoli, se está ante un modelo *neoiuspositivista*, que corresponde a los Estados constitucionales de derecho. Con ello, también las políticas públicas entendidas como un campo de estudio sufren un cambio considerable, pues se incorpora al poder judicial de lleno en la actuación de la política pública, tanto en su capacidad de control como en su producción de rendimientos para la mensurabilidad de los logros de un Gobierno.

3. Garantías jurisdiccionales y políticas públicas: justiciabilidad de derechos y judicialización de políticas públicas

Las dimensiones concretas del control judicial a las políticas públicas pueden ser analizadas de manera empírica por medio de casos concretos en los que las cortes hayan tenido que fallar para dar vitalidad al Estado constitucional de derechos y justicia. Tal es el caso de las medidas cautelares que presentaron Walter Gómez Ronquillo, director ejecutivo de la Fundación Vida Libre, y Alexandra Gómez Villavicencio, presidenta de la Asociación de Mujeres, Niñas y Adolescentes Viviendo con VIH “Mujeres Positivas” ICW-Ecuador, en contra del Ministerio de Salud Pública en abril de 2011.

Para eso, es preciso en primer lugar estudiar el modo en que la Constitución ecuatoriana aborda a las políticas públicas. El Título III contiene las garantías

11 La traducción es mía. El caso en cuestión allanó el camino para el reconocimiento federal en los Estados Unidos del matrimonio de personas del mismo sexo, quitando esta prerrogativa a las legislaturas estatales.

constitucionales; está dividido en tres capítulos: uno para las normativas, otro para las políticas públicas y uno final, más extenso, para las jurisdiccionales. En el artículo 85, si bien no las define, da orientaciones para las políticas. Establece el ciclo con las fases de formulación, ejecución e implementación, a lo que suma el control de las políticas públicas, aunque sin mayor referencia a lo que dicho control abarca; determina que deberá haber participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades en todas las fases. De forma adicional, indica que la razón de ser de las políticas es hacer efectivos todos los derechos y que se formularán bajo el principio de solidaridad; también manda que el Estado haga una distribución equitativa y solidaria del presupuesto para su ejecución; pero, lo más interesante, reconoce que puede haber políticas públicas que amenacen con o de plano vulneren derechos, en cuyo caso estas deberán reformularse o se deberán adoptar medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto (Constitución de la República del Ecuador [CRE], 2008, art. 85).

Las disposiciones constitucionales respecto de las garantías, sin embargo, deben leerse de manera cruzada, no individualizándolas y peor *parcelizándolas*. Así, quizá la garantía jurisdiccional más básica —por fundamental— es la acción de protección. Dicha acción tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y se la puede interponer en tres casos. Se la presenta por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial que ocasionen una vulneración de derechos; o, en un segundo caso, cuando la violación al derecho proceda de una persona particular, en los casos de que se provoque un daño grave, o si la persona particular preste servicios públicos impropios, o si esta persona actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. Pero el tercer caso es el que viene a colación directamente aquí: se la puede interponer en contra de políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales (*ibid.*, art. 88).

Si se lo piensa de manera gráfica desde la teoría de conjuntos, se puede encontrar allí los puntos topológicos de unión, es decir, de intersección entre las garantías constitucionales jurisdiccionales y de política pública (Devlin, 1993). Como tal, quedó abierta la puerta para judicializar políticas públicas por la acción de protección, y de manera extensiva también mediante la petición de medidas cautelares. Los jueces podrán ordenar estas últimas de manera conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho (*ibid.*, art. 87).

Siendo así el escenario constitucional, en abril de 2011, en la petición de medidas, las dos antedichas organizaciones sociales indicaron que las personas portadoras del virus acostumbraban recibir dosis de medicamentos para dos meses, pero “de manera repentina el Estado dejó de suministrar los medicamentos en esas dosis, reduciendo las mismas a dos o tres días; hoy, abril 11 de 2011, ya ni siquiera hay medicamentos que dar, lo cual pone en riesgo nuestras vidas y la de todas las personas afectadas por esta enfermedad [...]” (Alfago, 2011: 1).

El desabastecimiento fue de conocimiento público, recogido en notas de prensa de diarios nacionales y locales, así como en reportajes dentro de noticieros televisados.¹²

El abogado de las organizaciones sociales, Julio César Cueva, desde un inicio indicó que la petición de medidas cautelares en contra del Ministerio de Salud Pública se basaba en el numeral segundo del artículo 85 de la Constitución, y que, por tanto, “el juez podrá ordenar que se reformule la política pública para la entrega descentralizada de medicina”.¹³

Por sorteo, conforme determina la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC, art. 32), recayó en el Juzgado Primero del Trabajo del Guayas, en calidad de juzgador constitucional, toda vez que el modelo ecuatoriano a partir de 2008 para estos casos convirtió a la Corte Constitucional en revisor eventual de segunda instancia de sentencias y resoluciones constitucionales (Escobar García, 2008).¹⁴ Por su finalidad, la Ley prevé que el procedimiento de medidas cautelares debe ser informal, sencillo, rápido y eficaz, por lo que la inmediatez en la resolución es clave, debiendo el juez ordenarlas —o no— en el plazo más breve (*ibid.*, arts. 29 y 31).

El titular de dicho juzgado, Carlos Alfago, en consecuencia, analizó el cumplimiento de las dos condiciones básicas para el otorgamiento de medidas: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. El primero tiene que ver con la existencia de hechos severos cuyo simple relato sea suficiente testimonio de urgencia y gravedad, lo que es conocido como apariencia del buen derecho. El segundo se relaciona con el peligro por el paso del tiempo, es decir, que la dilación de una respuesta puede resultar en consecuencias graves (García, 2005). En el caso en cuestión, el juez Alfago, reconociendo que “no siendo este juzgador ajeno al entorno social que le rodea”, acreditó la gravedad y urgencia de la situación, con evidentes perjuicios irreparables para los legitimados activos, es decir, para quienes solicitaron las medidas.

El juez desarrolló su análisis sobre la base de tres elementos: la Constitución, jurisprudencia constitucional extranjera, y confrontación de versiones y constatación *in situ* de la situación. Con una exhaustiva lectura crítica de la Constitución ecuatoriana, resaltó que la rectoría del sistema nacional de salud la ejerce la autoridad sanitaria nacional, esto es, el Ministerio de Salud Pública, y que como

12 Por ejemplo, se tiene el listado siguiente de notas de prensa, sin ser un listado exhaustivo: “Antirretrovirales de la OPS llegan para superar desfase”, *Expreso*, 19/4/2011. “Ayer se inspeccionó ‘in situ’ la entrega de los antirretrovirales”, *El Comercio*, 20/4/2011. “Defensoría inspeccionó medicinas de VIH”, *El Universo*, 20/4/2011. “Ministro culpa a centralismo por la falta de medicamentos”, *El Telégrafo*, 18/4/2011. “Pacientes con VIH siguen en conflicto con el MSP”, *El Comercio*, 17/4/2011. “Antirretrovirales aún son escasos en centros”, *El Universo*, 16/4/2011. “La entrega de fármacos se retrasa”, *El Comercio*, 14/4/2011. “Chiriboga a audiencia mañana”, *Expreso*, 14/4/2011. “MSP niega falta de antirretrovirales”, *El Universo*, 13/4/2011. “Pacientes esperan que viernes ya lleguen los antirretrovirales”, *El Universo*, 12/4/2011.

13 “Organizaciones de ayuda presentan hoy medida cautelar ante juez”, *El Universo*, 12/4/2011.

14 Claudia Escobar García explica la manera en la que “ahora la Corte Constitucional pasa de ser un tribunal de segunda instancia a un órgano que realiza una revisión eventual de las sentencias constitucionales (arts. 86.5 y 436.6). Esta regla general tiene como excepción las acciones extraordinarias de protección y de cumplimiento, en las que la Corte conoce en única instancia (arts. 93, 94, 436.5 y 437)”.

tal es responsable de formular la política nacional de salud, debiendo de manera complementaria normar, regular y controlar todas las actividades relacionadas con la salud, tanto en la red pública como en las entidades privadas, autónomas y comunitarias; y, además, que los servicios públicos de salud deben ser universales y gratuitos, lo que comprende los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios, para lo cual el financiamiento público debe ser oportuno, regular y suficiente (CRE, arts. 361, 362, 366).

En ausencia de pronunciamientos expresos de la Corte Constitucional ecuatoriana, el juez recurrió a sentencias del Tribunal Constitucional del Perú.¹⁵ Entre otros aspectos, estas sentencias desarrollaron contenidos del derecho a la salud, señalando que el derecho a la vida se extiende más allá de la mera posibilidad de existir o no, así como el derecho a la salud va más allá de la simple ausencia de enfermedad. Estos derechos se extienden a la garantía de condiciones dignas para la vida, lo cual pasa por el mantenimiento de la salud de las personas, más aún en casos de enfermedades catastróficas como el VIH. En línea con ello, el Tribunal Constitucional del Perú razonó que:

Actualmente, la noción de *Estado social y democrático de derecho* concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la *actuación positiva del Estado*, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otro, el derecho a la vida y la seguridad (Tribunal Constitucional del Perú, 2006: 82; énfasis añadido).¹⁶

El juez Alfago, además, escuchó a las partes en audiencia, a saber: a los representantes de las organizaciones que presentaron el pedido, del Ministerio de Salud Pública, de la Procuraduría General del Estado, de la Defensoría del Pueblo, de la Cruz Roja, y de otras organizaciones sociales vinculadas con la temática, así como a particulares que presentaron *amicus curiae*.¹⁷ También visitó en persona y en diferentes ocasiones las bodegas centrales de la Dirección de Salud del Guayas y el Hospital de Infectología de Guayaquil “José Daniel Rodríguez”, en donde constató los niveles de *stock* de medicamentos y la existencia del problema de abastecimiento, además de dialogar con personas afectadas.

Con estos elementos, el juez resolvió ordenar, por una parte, que el Ministro de Salud Pública regularice la entrega de medicamentos, reactivos y demás insumos necesarios para el tratamiento de los pacientes con VIH en un plazo de quince días; pero, por otra parte, dispuso que “en el plazo no mayor a 60 días,

15 Sentencia STC 2945-2003-AA, Sentencia STC 03599-2007-AA, Sentencia STC 05954-2007-HC y Sentencia STC 01535-2006-AA. Cabe anotar que la ampliación y diversificación de las fuentes del derecho, incluyendo la jurisprudencia internacional, es una discusión clave en el neoconstitucionalismo. Véase: Ávila (2008). Esta no se limita, sin embargo, a jurisprudencia de cortes regionales o universales de las cuales el país es parte, sino que se hace extensiva como se ve en este caso a jurisprudencia constitucional de otros Estados.

16 Sentencia STC 01535-2006-AA.

17 Fue el caso del abogado Pedro Luis Aldaz Álvarez. Un *amicus curiae* es la presentación de la opinión informada de un tercero ajeno al litigio que quiere contribuir para la resolución del mismo. La LOGJCC lo permite y norma en el artículo 12.

reformule la política pública del programa nacional de VIH/SIDA para garantizar [la] entrega de medicamentos a los pacientes beneficiarios, a fin de que ésta no se vea interrumpida o amenazada nuevamente” (Alfago, 2001: 13).¹⁸ Entre otras cosas, el juez ordenó al Ministerio que remita al juzgado copia certificada del Plan Nacional de Adquisiciones, junto con el presupuesto para la ejecución del Programa Nacional de VIH para ese año, acompañado por los informes que justifiquen el cumplimiento de las metas previstas. Dispuso, además, a la directora del Hospital de Infectología de Guayaquil que informen de inmediato al juzgador si se vuelve a evidenciar un desabastecimiento. Para dar seguimiento a lo resuelto, el juez delegó al Defensor del Pueblo provincial (LOGJCC, art. 34). Cabe mencionar que no se puede interponer recurso de apelación en contra de la resolución del juez sobre medidas cautelares (LOGJCC, art. 33).

4. La intervención de la justicia en políticas públicas

El auto resolutorio del juez Alfago trastoca visiones ortodoxas, legalistas y positivistas del derecho, dejando entrever algunos aspectos materiales sobre el cambio del poder judicial en un Estado constitucional de derecho, pero de manera simultánea provoca una necesaria y conexas reflexión en el estudio de las políticas públicas y, de manera más amplia, en tópicos de estudio como la división de poderes, los pesos y contrapesos, los modelos de Estado y el gerenciamiento de lo público, entre otros. Existe reticencia por parte de renuentes autoridades públicas ejecutivas que no ven en un auto resolutorio como este otra cosa que una intromisión de la justicia en algo que no le compete. Después de todo, dejar la resolución de los problemas de la agenda pública y la distribución de recursos estatales al arbitrio de las cortes atrofia a los poderes políticos de representación popular. Se teme la judicialización extrema de las necesidades ciudadanas y la dependencia del aparato de justicia para operar respuestas burocráticas.

En línea con lo mencionado, Abramovich y Courtis (2009: 14) sistematizan cinco principales objeciones a la actuación judicial proactiva para forzar el cumplimiento de obligaciones estatales positivas, a saber: 1) el poder judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública; 2) un caso judicial es poco adecuado para medidas de alcance general; 3) la discusión procesal genera problemas, dado que otras personas afectadas por el mismo incumplimiento no participan del juicio; 4) el poder judicial no tiene los medios coercitivos para hacer cumplir con una prestación omitida para todos los casos; y, 5) tampoco tiene capacidad para dictar la reglamentación omitida. Abramovich y Courtis matizan cada una de estas objeciones aunque admiten que pueden tener cierta razón. En función del caso de medidas cautelares contra el Ministerio de Salud Pública en

¹⁸ En este artículo se toma una definición amplia de política pública, entendiéndola como una intervención programática y verificable del Estado para intentar resolver un problema de agenda pública. Por ello, no se discute aquí el entendimiento particular que el juez tiene sobre política pública o su capacidad para diferenciarla de un programa público.

Ecuador, a continuación se ofrece una examinación empírica de cada una de estas objeciones.

La administración del Estado ha experimentado una creciente profesionalización, de la mano con la formalización de esta como un campo “científico”. Desde finales del siglo *xix*, Woodrow Wilson (1887: 197) emprendió un esfuerzo en este sentido: “El objeto del estudio administrativo es descubrir, primero, lo que el Gobierno puede hacer correcta y exitosamente, y segundo, cómo puede hacer estas cosas apropiadas con la mayor eficiencia posible y con el menor costo posible de dinero o de energía”.¹⁹ Con el desarrollo de los Estados de bienestar del siglo *xx*, el apareamiento de la ciencia de las políticas (*policy-sciences*) estuvo marcado tanto por ser una ciencia de la acción como una ejecutada por expertos: “Al final de la década de 1950 y al comienzo de la siguiente, se imaginaba que el análisis y el experto iban a permitir afrontar mejor los desafíos que acosaban entonces a la sociedad” (Meny y Thoenig, 1992: 43).

Este proceso paulatino de profesionalización especializada en la composición estatal ha encontrado correlato en una tipología que clasifica modelos de burocracia a partir de dos variables: el grado de autonomía y las capacidades técnicas de las burocracias (Scartascini, 2011: 69-70). La combinación de ambas produce una burocracia *meritocrática*, opuesta a una burocracia *clientelar*. En la Administración se tiene como objetivo normativo llegar a producir el primer tipo, pues se demuestra que sus rendimientos son cualitativa y cuantitativamente mejores para el desempeño de las políticas públicas que administra (Andrade, 2015; Evans & Rauch, 1999).

En ese sentido, se entiende que el trabajo desarrollado por administradores expertos en posiciones dentro de la Administración en el Estado es el más adecuado para realizar tareas propias dentro del esquema de división del trabajo en el Estado. Siendo así, los jueces, con una preparación y destrezas distintas, mal harían en intervenir. Los efectos de ello, de hecho, podrían actuar en contra del buen desenvolvimiento de las políticas. No obstante, como lo muestra el caso analizado, el juez no dicta la política; manda a que esta sea reformulada. Es el mismo rector de la política quien debe hacerlo, y lo debe hacer porque la justicia encontró falencias que produjeron afectaciones de derechos. Entendemos así que el juez Alfago (2011: 13), junto con ordenar la reformulación de la política, llamó al Ministerio de Salud Pública a que mejore sus procedimientos de distribución de medicamentos e incluso planteando que se lo haga “descentralizando en la mayor medida posible el Programa Nacional de VIH”.²⁰ En tal sentido, la rectoría de la política queda intacta, pero con un control judicial de sus afectaciones, algo que de hecho podría alimentar el ciclo de la política pública en su seguimiento y evaluación.

Otro cuestionamiento común es que un caso judicial es poco adecuado para medidas de alcance general. Así, por ejemplo, “la violación general al derecho

¹⁹ La traducción es mía.

²⁰ Se entiende que el juez en realidad se refiere a un proceso de desconcentración (mejorar la gestión en territorio del MSP), no de descentralización (transferir competencias a gobiernos locales).

a la salud puede reconducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada por un titular individual, que alegue una violación producida por la falta de producción de una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona [...]” (Abramovich y Courtis, 2009: 15). En tal sentido, lo que un juez resuelva se limitará al caso puntual de la persona. Sin embargo, la argucia argumentativa y el modo de plantear el caso puede ser una advertencia para los poderes públicos de violaciones a derechos por sus acciones, aplicadas a casos particulares demostrativamente, pero con efectos generalizados. Además, las acciones y demandas colectivas (*class action lawsuits*), así como la aplicación de efectos *inter comunis*, pueden amplificar un caso y dar cobertura a los diferentes sujetos en la misma situación.²¹ Así, en su auto resolutorio el juez ordenó que:

[...] en consideración a la jurisprudencia de la Corte Constitucional citada anteriormente y al principio *iura novit curia*, el presente auto resolutorio tendrá efectos *inter comunis*, de tal forma que todo ciudadano hasta la emisión de la presente resolución [que] hubiere venido siendo beneficiario de la entrega gratuita de medicamentos antirretrovirales, vitaminas, u otros necesarios para paliar, combatir o diagnosticar la enfermedad conocida como VIH [...] podrá invocar la presente resolución para ejercer sus legítimos derechos a los que se creyere asistido (Alfago, 2011: 14).²²

Se encuentra, de esta forma, que un caso judicial sí puede ordenar medidas de alcance general. Vinculado con esto último, se ha apuntado al problema de que en un proceso judicial no participan todos los afectados; no obstante, se han desarrollado herramientas procesales que abren la participación de interesados —y no solo los afectados— en una causa. La figura del *amicus curiae* tiene antecedentes en el derecho romano en la Antigüedad; sin embargo, de manera más contemporánea se lo adoptó en los Estados Unidos en 1823 (O’Connor & Epstein, 1983). Desde entonces hacia el presente, ha sido sujeto de debates y controversias, por temas de forma y fondo, tales como el mayor trabajo de los jueces debido a su revisión y al incremento de documentación en los expedientes, en el primer caso, y como la injerencia de actores externos y la vaguedad de lo que significa que una persona esté “interesada” en una causa, en el segundo (*ibid.*; Puro, 1971; Wiener, 1954). Lo cierto es que este instrumento permite que personas que no participan procesalmente puedan aportar criterios y opiniones informadas que ayuden a la resolución del caso.

En tal sentido, Karen O’Connor y Lee Epstein (1983) demostraron que la Corte Suprema de los Estados Unidos encuentra de gran utilidad los *amicus curiae* para la construcción de sus opiniones. Por tanto, esta figura, reconocida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en Ecuador, y aplicada en el caso de estudio, permite que participen otras personas. Así, por

21 Efectos *inter comunis* significa que la protección se extiende al conjunto de personas con la misma vulneración, sin necesidad de que todos hayan participado en la solicitud de medidas cautelares o de una acción de protección (véase: González Manrique *et al.*, 2014: 179; Cepeda & Landau, 2017: 371-372).

22 El principio de *iura novit curia* presupone que los jueces tienen la facultad de encontrar el derecho aplicable a la solución del caso (Henríquez *et al.*, 2015).

ejemplo, además de un abogado particular, también participó en audiencia el representante de la Fundación Ecuatoriana Equidad, que no estaba entre los legitimados activos, pero por su trabajo con la comunidad LGBTIQ tenía elementos que aportar.

Se objeta también la capacidad coercitiva real que tienen las cortes para hacer cumplir sus disposiciones. Esto nos recuerda lo que Hamilton anotaba respecto de que el Poder Judicial necesita del Ejecutivo para que sus fallos tengan eficacia. En efecto, ocurre así. Juan Linz y Alfred Stepan (1996) consideran como una de las tres condiciones para tener una democracia consolidada el contar con un Estado de derecho: “un *Rechtsstaat* significaba que el Gobierno y el aparato del Estado estarían sujetos a la ley, que las áreas de poder discrecional serían acotadas y cada vez más limitadas y que los ciudadanos podrían acudir a las cortes para defenderse del Estado y sus funcionarios” (Linz y Stepan, 1996: 35). La derivación del poder constitucional conferido por el soberano pone a órdenes del poder judicial la fuerza pública.²³ Si bien es cierto que esto tiene alcances normativos que en ocasiones la práctica puede no reflejar, las capacidades punitivas del poder judicial se resguardan en la intertemporalidad de sus acciones, o, lo que es decir, una amenaza no solo presente sino futura de sanción a quienes no acaten sus órdenes, y también están dotadas de efectividad difusa, con lo que indicó que su acatamiento depende de diversas agencias estatales, por lo que la posibilidad de colusión para incumplir sus órdenes es poco factible.

Cabe recordar que, en caso de que haya servidores públicos que incumplan una sentencia o resolución, el juez puede ordenar el inicio del procedimiento para su eventual destitución, quedando obligado quien reemplace al funcionario destituido a cumplir con lo ordenado (LOGJCC, art. 22). El juez Alfago (2011: 14) lo tiene presente y lo recuerda en su auto resolutorio: “Lo anterior deberá cumplirse y ejecutarse en el menor tiempo posible, sin perjuicio de los plazos judiciales concedidos para su cumplimiento, bajo las previsiones claramente establecidas en la Constitución y la ley, en caso de omisión o incumplimiento”.

Por último, se alega que las cortes tampoco tienen capacidad para dictar la reglamentación omitida. Al respecto, se deben considerar dos elementos. En primer lugar, y tal como lo cita el juez Alfago, la Corte Constitucional ecuatoriana, mediante Sentencia n.º 031-09-SEP-CC, sentó precedente al reconocer que:

El juez constitucional, como *creador de derecho* y en armonía con el *constitucionalismo contemporáneo* y con el *Estado Constitucional*, debe acoplar sus decisiones a la búsqueda de una auténtica justicia material, la misma que se podrá alcanzar únicamente a través de una adecuada reparación integral, para ello, resultará necesario que el juez constitucional inserte sus fallos en aquella categoría de sentencias atípicas o moduladoras; que eviten la reproducción de vulneraciones a derechos constitucionales en casos futuros o similares (en el caso de garantías), y que finalmente pacifique y

23 Por ejemplo, la LOGJCC (art. 21) dispone que: “La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional”.

no agrave las consecuencias negativas que ya se han podido generar en la práctica (énfasis añadido).²⁴

De esta forma, los jueces también crean derecho y pudiendo suplir omisiones normativas de parte del Legislativo.²⁵ Además de esto, se cuenta con jurisprudencia constitucional respecto de la inconstitucionalidad de omisión normativa, es decir, casos en los que el Legislativo no haya cumplido mandatos constitucionales respecto del desarrollo de normas legales. Así, por ejemplo, se tiene la Sentencia n.º 001-13-SIO-CC, de 2013, en la que, si bien la Corte decide negar las acciones de inconstitucionalidad por omisión, dejó abierta la puerta para que la Corte, en estos casos excepcionales, cubra vacíos legales de manera temporal en pro de la garantía efectiva de los derechos.²⁶

5. Conclusiones

Ante la aparente falta de virtualidad jurídica de los derechos sociales, el advenimiento del Estado constitucional ha venido a desmitificar la anterior división entre obligaciones negativas para los derechos civiles y políticos y obligaciones positivas para los derechos económicos, sociales y culturales. En la Constitución ecuatoriana de 2008 se reconoció por vez primera a las políticas públicas como garantías constitucionales de derechos, junto con las garantías normativas y jurisdiccionales. Elevarlas a ese nivel conlleva significativas transformaciones teóricas y prácticas, las cuales trascienden el ámbito del derecho y repercuten de manera notable en el estudio politológico de las políticas públicas.

Además de incorporar de lleno al poder judicial en el ciclo de las políticas públicas por medio del control judicial de estas, también lo hace a partir de señalamientos programáticos que surgen de sus fallos. Esto ya no se limita a aquellos derechos civiles y políticos que se regulaban normativamente por medio de legislación, sino que se extiende hacia el conjunto de derechos. De esta forma, las vertientes que definen a las políticas públicas como campo de estudio, como un proceso y como un modo de resolver problemas, todas enfrentan desafíos significativos, toda vez que los supuestos de base sobre los que se pensaron —es decir, un Estado legal de derecho que admite la coexistencia diferenciada de derechos propiamente dichos y “derechos-prestación”— han mutado. Los rendimientos sociales del judicial pasan de ser un resultado deseable *ex post* a una obligación ineludible *a priori*.

Mediante el estudio empírico de una petición de medidas cautelares contra una política del Ministerio de Salud Pública en Ecuador se muestra el modo en que materialmente se experimenta el entrecruzamiento de garantías constitucionales,

24 Registro Oficial n.º 98 Suplemento, 30/12/2009.

25 Adicionalmente, sobre este papel de creación del derecho que asume la jurisprudencia se puede ver la obra de Zagrebelsky (2009).

26 Registro Oficial n.º 919 Primer Suplemento, 25/3/2013.

con un juez resolviendo sobre una política pública. Si bien este escenario pudo haber sido advertido por el legislador constituyente, es solo mediante su despliegue en las cortes que se puede ver sus consecuencias, las cuales son todavía inciertas, pues este tipo de casos es más bien relativamente infrecuente, inclusive a poco menos de diez años de vigencia de una Constitución que lo permite. No obstante, de lo que sí se encuentra certidumbre es que la judicialización de las políticas públicas es un instrumento poderoso para el desarrollo progresivo de los derechos y que empuja al Estado a la formulación responsable de políticas públicas, al ejercicio de contraloría estatal y social de su implementación y a una evaluación más cautelosa. Los niveles de responsabilidad de la Administración respecto de la política pública han crecido de modo exponencial.

Un examen empírico, sobre la base de una causa ventilada en un juzgado de primera instancia, así como un juzgado del trabajo, cuyo titular actuó como juzgador constitucional, han mostrado que las principales objeciones que se interponen a la intervención judicial en materia de políticas públicas pueden ser superadas. Así, la participación del Poder Judicial, que tradicionalmente ha sido marginado en estudio y práctica de las políticas, no solo que es posible sino también deseable socialmente, aunque conlleve fuertes resistencias de los poderes políticos que pueden verse desafiados. Esto no habría de limitarse a objetos jurídicos como los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sino que se extendería también a otros derechos. Las consecuencias de eso solo se develarán con otros casos de políticas públicas que sean llevadas a los tribunales.

6. Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis (2009). “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”. En Christian Courtis y Ramiro Ávila, ed., *La protección judicial de los derechos sociales*: 3-29. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alfago, Carlos (2011). “Auto resolutorio de medidas cautelares solicitadas por Walter Gómez Ronquillo, director ejecutivo de la Fundación ‘Vida Libre’, y Alexandra Gómez Villavicencio, presidenta de la Asociación de Mujeres, Niñas y Adolescentes Viviendo con VIH ‘Mujeres Positivas’ ICW-Ecuador”. 286-11, Guayaquil, 3/5/2011.
- Anderson, James (1990). *Public Policymaking*. Boston: Houghton Mifflin.
- Andrade, Pablo (2015). *Política de industrialización selectiva y nuevo modelo de desarrollo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador/ Corporación Editora Nacional.
- Ávila, Ramiro (2008). “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. En Ramiro Ávila, ed., *La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*: 19-38. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- _____ (2009). “Caracterización de la Constitución de 2008: visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”. En Santiago Andrade Ubidia, *Caracterización de la Constitución de 2008: visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia*: 405-428. Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador.
- Benavides, Gina (2010). “Avances en la construcción del Estado constitucional de derechos y justicia: balance 2009”. En Programa Andino de Derechos Humanos, *Estado constitucional de derechos: informe sobre derechos humanos*: 37-72. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador / Abya-Yala.
- Carbonell, Miguel (2009). “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”. En Christian Courtis y Ramiro Ávila, ed., *La protección judicial de los derechos sociales*: 55-87. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Cepeda, Manuel José & David Landau (2017). *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*. Nueva York: Oxford University Press.
- Comanducci, Paolo (2002). “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 16: 90-112.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (2015). “*Obergefell et al. vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*” Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, n.º 14-556. Argued April 28, 2015. Decided June 26, 2015.
- Devlin, Keith (1993). *The Joy of Sets: Fundamentals of Contemporary Set Theory*. New York: Springer-Verlag.
- Donnelly, Jack (1988). “Human Rights at the United Nations 1955-85: The Question of Bias”. *International Studies Quarterly*, 32(3): 275-303.
- Escobar García, Claudia (2008). “Del Tribunal a la Corte: ¿tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”. En Ramiro Ávila, ed., *La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*: 285-362. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Evans, Peter & James Rauch (1999). “Bureaucracy and Growth: A Cross-National Analysis of the Effects of ‘Weberian’ State Structures on Economic Growth”. *American Sociological Review*, n.º 5, vol. 64: 748-765.
- Ferrajoli, Luigi (2001). “Pasado y futuro del Estado de derecho”. *Revista internacional de filosofía política*, n.º 17: 31-45.
- _____ (1992). “El derecho como sistema de garantías”. *Jueces para la democracia*, n.º 16-17: 61-69.
- García Sarmiento, Eduardo (2005). *Medidas cautelares: introducción a su estudio*. Bogotá: Temis / Jurídica Radar.
- González Manrique, Uriel *et al.* (2014). “Innovación jurisprudencial del derecho procesal constitucional colombiano: efectos de sentencias inter pares e inter comunis”. *Revista Principia Iuris*, n.º 21: 169-193.
- Hamilton, Alexander (2001). “A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behavior”. En Alexander Hamilton, John Jay y James Madison, *The Federalist*: 401-408. Indianápolis: Liberty Fund.

- Henríquez Salido, María *et al.* (2015). “El principio procesal *iura novit curia* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Llengua i Dret*, n.º 64: 1-15.
- Herzog, Tamar (1995). *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la ciudad de Quito 1650-1750*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lasswell, Harold (1971). *A Pre-View of Policy Sciences*. New York: American Elsevier.
- Linz, Juan y Alfred Stepan (1996). “Hacia la consolidación democrática”. *La Política*, n.º 2: 29-49.
- López, Adrián (2016). “El encuentro entre el Judicial y el Ejecutivo en ocasión del atentado contra Alejandro Carrión Aguirre en 1955”. *Estado & comunes* n.º 3: 71-93.
- Mead, Lawrence (1995). “Public Policy: vision, potential, limits”. *Policy Currents*, n.º 5: 1-4.
- Meny, Yves y Jean-Claude Thoenig (1992). *Las Políticas Públicas*. Barcelona: Ariel.
- Nelson, Barbara (2001). “Políticas públicas y administración: una visión general”. En Robert E. Goodin y Hans-Dieter Klingemann, ed., *Nuevo Manual de Ciencia Política*: 795-860. Madrid: Istmo.
- O'Connor, Karen & Lee Epstein (1983). “Court rules and workload: a case study of rules governing *amicus curiae* participation”. *The Justice System Journal*, n.º 1, vol. 8: 35-45.
- Puro, Steven (1971). *The Role of Amicus Curiae in the United States Supreme Court: 1920-1966*. Buffalo: State University of New York.
- Ruiz, Ramón y Clara Viviana Plazas (2011). “La exigibilidad de los derechos sociales: el caso de Colombia”. *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 14: 3-20.
- Scartascini, Carlos, Pablo Spiller, Ernesto Stein y Mariano Tommasi (2011). “¿Cómo se juega en América Latina? Instituciones políticas, procesos de negociación y políticas públicas”. En Carlos Scartascini, Pablo Spiller, Ernesto Stein y Mariano Tommasi, ed., *El juego político en América Latina: ¿cómo se deciden las políticas públicas?*: 1-31. Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo / Mayol Ediciones.
- Scartascini, Carlos (2011). “¿Quién es quién en el juego político? Describiendo a los actores que intervienen, y sus incentivos y funciones”. En Carlos Scartascini, Pablo Spiller, Ernesto Stein y Mariano Tommasi, ed., *El juego político en América Latina: ¿cómo se deciden las políticas públicas?*: 33-74. Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo / Mayol Ediciones.
- Seidelman, Raymond & Edward J. Harpham (1985). *Disenchanted realist: Political Science and the American crisis, 1884-1984*. Albany: State University of New York Press.
- Simsarian, James (1952). “Progress in Drafting Two Covenants on Human Rights in the United Nations”. *The American Journal of International Law*, n. 4, vol. 46: 710-718.
- Trujillo, Julio César (1994). *Teoría del Estado en el Ecuador: estudio de derecho constitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional.
- Wiener, Frederick Bernays (1954). “The Supreme Court’s New Rules”. *Harvard Law Review*, n.º 68: 20-94.
- Wilson, Woodrow (1887). “The Study of Administration”. *Political Science Quarterly*, n.º 2, vol. 2: 197-222.
- Zagrebelsky, Gustavo (2009). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

Archivos consultados

Biblioteca de la Corte Nacional de Justicia. Quito, Ecuador.

Biblioteca del Ministerio de Cultura y Patrimonio. Quito, Ecuador.

Fuentes normativas

Constitución de la República del Ecuador (2008). *Registro Oficial* n.º 449, 20/10/2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). *Registro Oficial, Suplemento* n.º 52, 22/10/2009.

Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 031-09-SEP-CC. *Registro Oficial, Suplemento* n.º 98, 30/12/2009.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 001-13-SIO-CC. *Registro Oficial, Suplemento* n.º 919, 25/3/2013.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia STC 2945-2003-AA, 20/4/2004.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia STC 03599-2007-AA, 3/11/2007.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia STC 05954-2007-HC, 27/11/2007.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia STC 01535-2006-AA, 31/1/2008.