



Diseño judicial de políticas públicas: un análisis de la jurisprudencia constitucional de políticas sociales de Colombia, Argentina y Ecuador

Cristian León Ortiz

leoncristian910@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1741-7289>

Universidad de Buenos Aires
Quito, Ecuador

RESUMEN

Examinar la actividad jurisdiccional constitucional ocurrida en el último cuarto de siglo exige de un minucioso análisis de la influencia de la corriente neoconstitucionalista que termina por superar los límites de la ciencia jurídica. Innegablemente explicar los intentos de superación del tradicional rol jurisdiccional, que posibiliten una etapa en la cual la función del juez abandone el encierro que le resulta el texto positivo, terminan por exigir a las políticas públicas una propuesta de estudio. Y resulta evidente, pues no con frecuencia se observa al juez constitucional interviniendo en las decisiones de la arena política, e influenciando, directa o indirectamente, sobre instituciones, actores y creencias. En este contexto, el presente trabajo contribuye a la discusión de la intervención del juez constitucional en las políticas públicas.

Palabras clave: *neoconstitucionalismo; diseño de políticas; diseño judicial de políticas; judicialización; rastreo de procesos.*

Correspondencia: leoncristian910@gmail.com

Artículo recibido 15 octubre 2022 Aceptado para publicación: 15 noviembre 2022

Conflictos de Interés: Ninguna que declarar

Todo el contenido de **Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar**, publicados en este sitio están disponibles bajo

Licencia [Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) 

Cómo citar: León Ortiz, C. (2022). Diseño judicial de políticas públicas: un análisis de la jurisprudencia constitucional de políticas sociales de Colombia, Argentina y Ecuador. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 6(6), 4109-4124. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i6.3761

Judicial design of public policies: an analysis of the constitutional jurisprudence of social policies in Colombia, Argentina and Ecuador

ABSTRACT

Examining the constitutional jurisdictional activity that has occurred in the last quarter of a century requires a meticulous analysis of the influence of the neo-constitutionalist current that ends up exceeding the limits of legal science. Undeniably explaining the attempts to overcome the traditional jurisdictional role, which make possible a stage in which the function of the judge abandons the confinement that is found in the positive text, end up demanding a study proposal from public policies. And it is evident, since the constitutional judge is not often observed intervening in the decisions of the political arena, and influencing, directly or indirectly, institutions, actors and beliefs. In this context, this paper contributes to the discussion of the intervention of the constitutional judge in public policies.

Keywords: *neoconstitutionalism; policy design; judicial policy design; judicialization; process tracking.*

INTRODUCCIÓN

El neoconstitucionalismo y la actividad jurisdiccional constitucional

El neoconstitucionalismo importa una explosión de la actividad jurisdiccional (Carbonell, 2011) que viene a armar con valores y principios a los jueces, negándole suficiencia al derecho positivo para la decisión de casos reales (Torres, 2013). Confiere espacios de poder específicos y en parte insuprimibles (Ferrajoli, 1995, 38) que terminan por fraccionar la reservada y conservadora distancia que el juez constitucional preservaba respecto a otras funciones, abriendo espacios inevitables de discrecionalidad dispositiva que comprometen tanto el carácter cognoscitivo de un proceso como su sujeción exclusiva a la ley (Ferrajoli, 1995). Al mismo tiempo reconoce la existencia de lagunas jurídicas que deben ser llenadas por los jueces, ponderando y contrapesando los intereses en conflicto (Bodenheimer, 1994, 210; Henao, 2013). La corriente neoconstitucionalista representa una compleja metamorfosis de la actividad judicial, el derecho y los derechos. Un profundo e irreversible cambio de paradigma de la ciencia jurídica con significativos resultados para la ciencia política y las políticas públicas.

En esta perspectiva, el objetivo de este trabajo es contribuir a la discusión de la intervención del juez constitucional en las políticas públicas. Lejos de una construcción de la narrativa constitucional (Cano, 2014), de una explicación causal de la intervención jurisdiccional (Henao, 2013; Abramovich y Pautassi, 2009; Abramovich y Curtis, 2011), o de una evaluación de los efectos de sus actuaciones (Garavito y otros, 2010; Sierra Cadena, 2009); se propone rastrear el proceso (process tracing) de diseño de políticas que ocurre en la Corte Constitucional colombiana, a partir del uso del marco explicativo de diseño de políticas públicas por instrumentos (Hood, 1986; Howlett, 2011). Una vez construida una teoría que explique las fuerzas causales del fenómeno se propone el sometimiento a pruebas (theory-testing) que confirmen el grado de confianza y validez de la teoría planteada (Beach y Pedersen, 2013).

El artículo se organiza de la siguiente manera. La sección 2 ofrece un análisis del diseño judicial de políticas a partir de una perspectiva institucional. Explica cómo el diseño realizado en las altas cortes constitucionales es resultado de una problemática de carácter institucional. La sección 3 presenta el marco analítico basado en el diseño de políticas públicas y el rastreo de procesos. Argumenta la importancia de examinar los

instrumentos de diseño de políticas públicas empleados en el razonamiento jurisdiccional, y analiza el mecanismo causal que posibilita la formulación judicial de una política. La Sección 4 realiza un análisis comparado de casos similares. Explica la pertinencia de los casos seleccionados y somete el mecanismo causal a una comparación que valide la confianza en la teoría. Los casos seleccionados, para el efecto, se refieren a la jurisprudencia constitucional de Ecuador y Argentina. La sección final expone las conclusiones y resultados obtenidos.

Una perspectiva institucional del diseño judicial de políticas públicas

La teoría social ha experimentado el resurgimiento de la preocupación por las instituciones (March y Olsen, 1997). Ya sea por su fuerte crítica al conductismo y a las teorías de la elección racional, o por su progresivo uso de la investigación empírica para descubrir quién realmente gobierna y en qué contextos (Sanders, 2010 en Lowndes & Roberts, 2013), las instituciones terminan por abrir al investigador un multifacético compuesto de fenómenos sociales (Williams 1983, 169 en Lowndes & Roberts 2013, 3). Lejos de los resultados del cálculo racional o de una simple sumatoria de partes (Lowndes & Roberts, 2013), el enfoque analítico neoinstitucionalista perfila a las instituciones como agentes determinantes de los fenómenos sociales y estructurantes de las acciones individuales y colectivas (Hall y Taylor, 1996).

El enfoque neoinstitucionalista emerge como una respuesta al “subsocializado” carácter de los enfoques dominantes de las ciencias políticas (Lowndes & Roberts, 2013). Afirman que son las organizaciones de la vida política las que logran marcar una diferencia (March and Olsen 1984; 174; Lowndes & Roberts, 2013), argumentando que el Estado es quien orienta las conductas individuales y colectivas, y no el producto de interacciones racionales (Skocpol, 1985 en Fontaine 2016, 104). Debido a que vencen la idea de las instituciones como una agregación de preferencias individuales, a que no las equiparan con las organizaciones, y a que no asumen que las políticas son determinadas únicamente por las estructuras formales; las teorías neoinstitucionales proveen de un conjunto de herramientas conceptuales para el análisis de la gobernanza contemporánea (Lowndes & Roberts, 2013).

En el contexto del diseño de políticas públicas, y en particular en el análisis de una probable alteración, el neoinstitucionalismo hace bien en advertir que el proceso de diseño no se desarrolla en el vacío (Howlett, 2013). Al contrario reconoce la presencia

de un conjunto de reglas, y prácticas que, con diferentes niveles de formalidad o informalidad; abren espacio a estudios detenidos en las dinámicas institucionales.

La investigación propuesta considera esta perspectiva, y reconoce en la influencia de la corriente neoconstitucionalista y el nuevo rol asumido por los jueces constitucionales, factor y agentes originadores de una posible alteración del diseño judicial de políticas públicas; intentando profundizar sobre los determinantes institucionales que impulsaron esta modificación. El estudio ofrecido sostiene que el diseño judicial de políticas públicas es el resultado de una alteración ocasionada por un problema de carácter institucional; lo que necesariamente direccionaría el análisis hacia quién diseña una política y en qué condiciones el juez constitucional podría diseñarla.

Buena parte de los sistemas constitucionales de América Latina incorporan modificaciones, resultado de la importante influencia ejercida por el neoconstitucionalismo en la región. Los nuevos proyectos constituyentes dotan al derecho internacional de los derechos humanos de fuerza vinculante (Gargarella, 2011) fortaleciendo la eficacia práctica de los derechos reconocidos y dotando de mejores mecanismos de garantías a través de un bloque de constitucionalidad (Castell, 2013). Al mismo tiempo traen aparejadas innovadoras concepciones de los derechos fundamentales, novedosas expectativas recíprocas entre gobernantes y gobernados (Castell, 2013), y sistemas presidenciales que acaban por atribuir el diseño de políticas, en condiciones normales, a los organismos, entidades y departamentos administrativos que integran la Función Ejecutiva.

En un modelo constitucional garantista, la progresiva ampliación del catálogo de derechos económicos, sociales, culturales y difusos en los textos constitucionales, y el renovado papel que toma el derecho internacional de los derechos humanos, termina por imponer al Estado la obligación de garantía a través de sus instituciones ejecutivas, legislativas, e inclusive jurisdiccionales. No obstante, y en no pocas ocasiones, el Estado no es lo suficientemente efectivo administrativa, jurídica y financieramente para brindar respuesta a una situación percibida como problemática o socialmente relevante, o para garantizar derechos fundamentales en situaciones específicas (Henoa, 2010, 71). En estas circunstancias, el juez constitucional en su encargo de garante de la eficacia formal y material de la Carta Suprema, es quien ha asumido la progresiva competencia para

colmar los vacíos y antinomias que pudiese presentar un ordenamiento jurídico en particular, y que vulneran o amenazan con vulnerar derechos fundamentales.

En ese sentido, el diseño judicial de políticas públicas sería consecuencia de una combinación de la influencia ejercida por ideas y fracasos institucionales (ausencias y omisiones) que vulnerando o amenazando con vulnerar un derecho en particular; terminan por requerir a la autoridad jurisdiccional cierta intervención. Así Becker, por ejemplo, consideraría que “las intervenciones judiciales se derivaría del creciente involucramiento de la jurisdicción en los conflictos sociales o en temas políticos y sociales no resueltos (o mal afrontados) en su debido nivel político general” (Becker en Henao, 2001, 499-515).

Diseño judicial de políticas públicas

Esta sección examina la importancia del enfoque analítico de diseño de políticas públicas por instrumentos en el razonamiento jurisdiccional. Lejos de ofrecer una concepción constructivista (Fisher, 2012) o de focalizar la atención en las teorías científicas sociales que motivan el diseño de una política (Bobrow & Dryzek, 2006), la investigación desarrollada insiste en un razonamiento instrumental (Linder & Peters, 1988). La ventaja que ofrece este tipo de enfoque es que permite entender el fenómeno del diseño como el resultado de una mezcla de instrumentos con diferentes ámbitos de acción (Howlett & Rayner, 2007), extendiéndose tanto a los medios como a los mecanismos a través de los cuales se aplican metas y objetivos (Howlett, 2011).

El enfoque de diseño permite abrir la “caja herramientas” que encierra un proceso de política (Howlett, 2011); y que comprendería las nociones de formulación e implementación (Peters 2015, 10; Howlett, 2011), abarcando actores, ideas e intereses presentes en cada etapa del proceso político (Howlett & Ramesh, 2009). Más allá de verse como una simple actividad técnica (Peters, 2015), pretende iluminar la variedad de medios que podrían encontrarse implícitos en las diferentes alternativas de política (Linder y Peters, 1990). En el contexto del razonamiento jurisdiccional constitucional, el enfoque de diseño de políticas públicas permite entender las fuerzas causales que motivan la intervención judicial, abriendo la “caja negra” que explique las herramientas de las cuales el juez se vale para crear una determinada política.

Al abrir la “caja negra”, el razonamiento jurisdiccional, expresa un orden de preferencias de la intención de la autoridad judicial que acompañada de criterios de proporcionalidad,

razonabilidad y reglas de ponderación perfilan una estrategia de intervención. En ocasiones el juez prefiere elaborar la política de manera sustantiva, preservar las reglas de procedimiento democrático, y determinar y limitar el procedimiento legal a la que la autoridad pública está obligada a seguir (diseño de contenido de una política y reglas de procedimiento democrático); en otras ocasiones el juez detalla la política o decide dejarla a discrecionalidad de los organismos gubernamentales (grado de especificidad de la política establecida mediante sentencia); finalmente, y en pocas ocasiones la autoridad judicial decide reemplazar al organismo gubernamental (nacimiento de una autoridad reguladora alternativa). Y que termine, a diferencia de una lógica racional, por expresar en las decisiones adoptadas mediante sentencia escenarios de gobernanza en específico determinados factores instrumentales.

No cabe duda que una posible judicialización de políticas públicas trae consigo una modificación de los comportamientos de quienes producen, consumen y distribuyen diferentes tipos de bienes y servicios. Una decisión judicial, por ejemplo, podría limitar la producción de determinados bienes o la distribución de ciertos servicios. Asimismo una decisión de autoridad judicial podría alterar el sistema político, exhortando a organismos de control, limitando a organismos ejecutivos, o requiriendo ciertas conductas a organismos legislativos.

Razonamiento instrumental y judicialización de políticas

Los instrumentos son técnicas que con carácter sustituible y variado involucran la utilización de la autoridad estatal (Howlett 2005, 31). Por citar algunos ejemplos, una ley, un plan, una base estadística, un compromiso político o un estudio en particular podrían en determinadas circunstancias ser consideraras como instrumentos para el diseño de una política. Debido al considerable carácter diversificado de los instrumentos su estudio involucraría una diversificada gama de ejemplos, estrategias y decisiones que el diseñador escoge para una probable intervención. Por lo que el estudio propuesto ha considerado pertinente emplear una taxonomía.

Lejos de los inventarios identificados por Kirschen (1964), Lowi (1966, 1972), Bardach (1980) o Elmore (1987), y por su virtud parsimoniosa; el estudio desarrollado ha considerado la alternativa ofrecida por Hood (1983, 1986). Su categorización se basa en la idea de que únicamente un número limitado de recursos de gobierno se encuentra detrás de cada herramienta (Howlett, 2011). Y que resulta compatible con la noción de

que el juez combina un número limitado de herramientas que guardando armonía con reglas, criterios y métodos de interpretación, le permitan ofrecer una garantía al derecho conculcado, sin ocasionar una colisión grave entre sus competencias específicas y las atribuciones del organismo ejecutivo.

Hood sostiene que los gobiernos tienen cuatro elementos a su disposición que pueden utilizar para efectuar cambios en su entorno o detectarlos, por sus siglas en inglés NATO. La información (nodalidad) alude a los instrumentos capaces de producir datos para el gobierno (detectores) y a las herramientas producidas por él (efectores). La autoridad se refiere al marco regulatorio de las políticas. El tesoro incorpora las herramientas financieras y monetarias. Y finalmente la organización que se refiere a las instituciones y agencias gubernamentales que inciden en la implementación de la política. (Hood, 1986 en Howlett, 2011; Fontaine 2015, 83).

Si decide considerarse esta taxonomía, los hechos proporcionados por las partes procesales, recabados por la autoridad jurisdiccional a través de comisiones designadas para el efecto, u obtenidos por organismos y dependencias facultadas por la ley para la investigación procesal, harían referencia al instrumento de nodalidad. Y es comprensible, pues el ejercicio de la tutela obliga al juez a adquirir información que le permita tener un conocimiento panorámico de la problemática. El juez constitucional recibe de instrumentos como: demandas, contestaciones a la demanda, reconveniones judiciales, de la comparecencia de la persona afectada o de terceros, o de la colaboración de partes coadyuvantes, información que le permite precaver las fuerzas causales de una situación en específico percibida como problemática (detectores). Asimismo, y en algunas ocasiones, la autoridad jurisdiccional dispone, de oficio o a petición de parte, la práctica de pruebas que le permitan alcanzar cierto grado de certeza para la adopción de una determinada decisión. La designación de comisiones para recabar información o la visita al lugar de los hechos serían ejemplos (efectores).

La actuación jurisdiccional se inspira en argumentos de autoridad, métodos de interpretación y otras fuentes de derecho que le permiten al juez constitucional desarrollar actuaciones amparadas en reglas razonables. Tratados internacionales, normas del ordenamiento jurídico interno (Carta Suprema, leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, acuerdos, convenios y compromisos) limitan y aseguran sus argumentaciones (detectores). Igualmente, el juez constitucional dispone de fuerza

coercitiva para que la regla jurisprudencial pueda ser ejecutada. En ese sentido, la autoridad crea a través de sentencias, y autos marcos regulatorios para la efectivización de su intervención (efectores).

En el plano del tesoro, parte de la teoría advierte que uno de los principales riesgos de la intervención del juez constitucional en políticas públicas es “la desaparición de la separación de poderes como pilar de la estructura estatal” (Mogollón, 2013, 40), y añade que la autoridad jurisdiccional “no puede priorizar el gasto social, por cuanto esto es función del órgano legislativo y ejecutivo (...) no es el órgano elegido para ello afectándose de este modo el principio de no tributación sin representación o porque el juez constitucional por regla general no posee conocimientos técnicos, producen fallos sin pensar en las consecuencias...” (Franco, 2011, 112). No obstante, el esfuerzo neoconstitucionalista le ha impedido sustraerse de la responsabilidad política de las elecciones y decisiones que adopta. Los instrumentos que la autoridad jurisdiccional ha adoptado con importante influencia en las decisiones de tribunales y cortes internacionales que podrían considerarse serían la reparación económica y la disposición para la asignación de fondos.

En cuanto a la organización, y recogiendo la afirmación de Gargallega, solo en el escenario en que el juez constitucional sea considerado como un juez político podría entenderse el control que realiza sobre las posiciones que adoptan otras funciones del Estado (Gargarella, en Mogollón, 2013, 33). En ese sentido, el juez constitucional cuenta con distintos grados de decisión para organizar de una u otra manera el aparataje estatal. Recibe una forma de organización proveniente del ordenamiento jurídico y la estructura orgánico-funcional de los organismos y dependencias del Estado (detectores), pero diseña formas de organización alternativas, a través de asociaciones entre agencias gubernamentales, órdenes y disposiciones para el cumplimiento de actividades específicas, entre otros.

Junto a la taxonomía desarrollada por Hood, y por su afinado interés hacia el diseño de políticas y escenarios de gobernanza, es oportuno para el análisis considerar las dimensiones sustantivas y procedimentales de los instrumentos (Howlett, 2011). La perspectiva sustantiva hace referencia a las técnicas o mecanismos diseñados para afectar directa o indirectamente el comportamiento de quienes están involucrados en la producción, consumo y distribución de diferentes tipos de bienes y servicios en sociedad

(Schneider and Ingram 1990; 1993; 1994; Howlett 2011, 25). Por otro lado, la faceta procedimental alude a una posible alteración en el comportamiento político.

Diseño judicial de políticas: una acción atípica de la actividad jurisdiccional

Mecanismos causales

El estudio de la intervención judicial en políticas públicas ha permanecido estrechamente vinculado al derecho constitucional. Buena parte de los estudios desarrollados al respecto suponen que es el resultado de la influencia ejercida por el neoconstitucionalismo¹ (Ferrajoli, Zagrebelsky, Bobbio, Ávila); y ubican como punto de partida del análisis a la Constitución (Cano, Henao). En esta lógica, si la Constitución contiene una serie de principios que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible...” (Alexy, 1993); resulta sensato considerar que correspondería al juez constitucional determinar los instrumentos y estrategias que perfilen su campo de aplicación. El estudio propuesto considera que la intervención del juez constitucional en el diseño de políticas es un fenómeno medianamente observable. Si bien encuentra en la corriente neoconstitucionalista una ventana de oportunidad para un posible diseño judicial de políticas, adopta cierta distancia cuando supone que la Constitución no es necesariamente el punto detonante para una alteración del diseño.

Con frecuencia, una promulgación o reforma constitucional trae consigo variaciones a las dinámicas institucionales con importantes efectos en el comportamiento de los actores, de sus creencias y sus ideas. No obstante, no es lo que sucede en todas las ocasiones. La promulgación o reforma constitucional supone un todo y nada a la vez. En algunos casos, los actos de promulgación o reforma podrían suponer un cambio a la fisonomía constitucional del Estado, a los elementos fundamentales del poder, a las características institucionales del sistema de gobierno o el apareamiento de nuevas conceptualizaciones sobre los derechos, las garantías y libertades, entre otros. Si bien aportarían, e inclusive modificarían, el timón del debate académico, sería errado considerar que la Constitución es el origen “big bang” de la teoría social, jurídica o política. Mucho más equivocado sería admitir que obligatoriamente un nuevo proyecto constituyente o una reforma a la Carta

¹ A diferencia del Estado liberal de derecho en el que “los derechos existían en la medida en que el legislador los hubiese no ya reconocido, sino creado, y el derecho subjetivo del individuo respecto a la autoridad pública consistía exclusivamente ‘en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés’, (...) los derechos no consistían en una sustancia, sino en una simple forma jurídica, la forma de la ley. La garantía de los derechos se reduciría a la reserva de la ley” (Zagrebelsky, 1997); el garantismo constitucional propone la vinculación de todos los poderes públicos para la efectivización de los derechos fundamentales.

Suprema es el punto cero de un determinado fenómeno (conjeturando como si todos los fenómenos llevasen necesariamente al análisis constitucional).

Si bien esta investigación no descarta la importante influencia que un proyecto constitucional podría traer a la arena política, propone modificar el lente a fenómenos más específicos sin los cuales no se hubiese percibido una alteración al diseño de políticas públicas (condición detonante). Los estudios desarrollados consideran que “el fenómeno de la intervención del juez constitucional en políticas públicas se explica ante la falta de acción de las autoridades estatales en garantizar derechos...” (Mogollón, 2013), e insisten que en estos casos las altas cortes y tribunales han entendido “... que el diseño de políticas públicas está dirigido (...) a la satisfacción de la faceta asistencial, prestacional o programática de los derechos. Se trata, por tanto, de una obligación estatal derivada del modelo de Estado Social” (Cano, 2014, 441). No obstante, obvian considerar que la falta de acción de las autoridades estatales no es un fenómeno reciente, y que su configuración no llega a ser una condición determinante para el diseño judicial. La fórmula empleada es sencilla no toda ausencia de una determinada política ha traído consigo una intervención judicial para su diseño. Por lo que el estudio realizado focaliza su atención en otros elementos que podrían explicar esta tendencia.

En ese sentido, si la sección uno explica cómo el diseño realizado en las altas cortes constitucionales es resultado de una problemática de carácter institucional, el siguiente apartado va dirigido a explicar el mecanismo causal que permitiría un probable diseño judicial de políticas. Más allá de la identificación de las variables independientes o de los resultados observados, la finalidad del estudio presentado es analizar el trazado de mecanismos causales que expliquen el tránsito de una variable independiente a otra dependiente en una muy específica, teórica e informada vía (Checkel 2008, 363 en Beach), buscando en su interior una serie de pasos intermedios.

Entre los métodos cualitativos utilizados en la ciencia política, el rastreo de procesos ha ido ganando un importante espacio. La ventaja que el rastreo de procesos adquiere sobre otros tipos de estrategias de investigación es que permite diseños centrados ya sea en una teoría o en un caso en particular, permitiendo inferencias sobre la presencia o ausencia de un mecanismo causal en particular. La investigación realizada prioriza la inferencia deductiva a partir de la enunciación de una teoría. El objetivo es abrir con cierta precisión la caja negra de causalidad que facilite entender por qué X contribuye a producir

El mecanismo propuesto para el efecto funcionaría de la siguiente manera. El cambio constitucional influenciado por la corriente neoconstitucionalista trajo consigo una ventana de oportunidad para la incursión del derecho internacional de los derechos humanos en los textos constitucionales (condición detonante). Esta incursión se expresa a través de dos vías, ya sea por medio de una jerarquización que hacen las mismas Cartas Supremas otorgando a los tratados internacionales de derechos rango constitucional, como lo hacen con frecuencia las constituciones latinoamericanas; y en otros, con la creación de cláusulas de derechos innominados, según los cuales el reconocimiento de ciertos derechos en la Constitución no podría interpretarse como una negación de aquellos que el pueblo se ha reservado (cláusula abierta) (Uprimny, 2001). El efecto de esta incursión crea un nuevo bloque de constitucionalidad que termina por requerir a los organismos que integran la administración pública y a los operadores de justicia, acoger normas, métodos y mecanismos de valoración y satisfacción de los derechos que combinen disposiciones internas e instrumentos de derechos humanos. Como señalará Uprimny, la creación de un nuevo bloque de constitucionalidad “amplía los términos del debate constitucional, pues significa que los mandatos constitucionales que se deben tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos” (Uprimny 2001, 3).

Un nuevo bloque de constitucionalidad incrementa el espectro de posibilidades de intervención del juez constitucional, demandando mayores estrategias de garantía de los derechos y libertades individuales y colectivas. Si bien la autoridad jurisdiccional se encuentra con obstáculos a la justiciabilidad de los derechos (ocasionados por la falta de determinación de la conducta debida o por la autorrestricción del poder judicial a cuestiones políticas o técnicas), la influencia del derecho internacional de los derechos humanos provoca en la autoridad jurisdiccional la necesidad de suplir las omisiones en el diseño de política, que vulneren o amenacen con vulnerar un derecho en específico. El incremento del espectro de posibilidades se ve expresado en las innovaciones realizadas en materia de acciones judiciales que terminan por crear nuevas vías de exigibilidad de los derechos.

La necesidad de suplir las omisiones en el diseño de política se expresa en el recurrente uso que hace el juez constitucional de criterios de razonabilidad e idoneidad, y

evaluaciones que determinen si la elección adoptada (suplir a la autoridad técnica o política) resulta adecuada o apropiada (Abramovich y Courtis 2004, 126). Como se verá en la siguiente sección esta necesidad expresa la compleja transición de la creación de una regla jurisprudencial, y que más allá de una satisfacción declaratoria, indemnizatoria o una orden de reparación, terminan por alterar el tradicional diseño de políticas públicas.

crea	incrementa	provoca	alterando	
Dimensión teórica				
Incurción del derecho internacional D.D.H.H.	Nuevo bloque de constitucionalidad Mecanismos	Espectro de posibilidades de intervención	Necesidad suplir las omisiones en el diseño de política	Diseño de políticas
Manifestaciones observables				
Jerarquía constitucional de los tratados internacionales.	Combinación de normas del ordenamiento jurídico interno y los instrumentos internacionales de derechos humanos, en las decisiones.	Nuevas vías de exigibilidad de los derechos expresadas en innovaciones a las acciones judiciales.	En su calidad de garante de la eficacia formal y material de la Constitución, los jueces constitucionales, la autoridad jurisdiccional constitucional se propone suplir la ausencia de la política.	Más allá de una satisfacción declaratoria, indemnizatoria o una orden de reparación, el juez formula directamente la política.

Acciones atípicas

Como se ha advertido, la incursión del derecho internacional de los derechos humanos en los textos constitucionales ha provocado que el poder judicial pueda transformarse en un poderoso instrumento para la formulación de políticas públicas (Abramovich y Courtis, 2005, 64). La alteración ocasionada no solo que ha modificado el acostumbrado diseño de políticas, sino que también ha ampliado el margen de actuación del poder judicial. Antes de estos fenómenos, el juez constitucional limitaba su actuación a la verificación de la materialidad del hecho, a partir de la cual declaraba la violación y requería a la institución competente subsane la omisión. A partir del emergimiento de estas condiciones, el juez constitucional modifica las posibilidades de las decisiones que podría adoptar mediante sentencia:

“... a. desde convertir en legal una decisión de política pública ya asumida por el Estado, b. ejecutar una ley o una norma administrativa que fija obligaciones jurídicas en materia social, c. fijar un marco dentro del cual la administración debe diseñar e implementar acciones concretas y monitorear su ejecución, d. determinar una conducta a seguir, o en ciertos casos, e. hasta declarar meramente al Estado en mora respecto de una obligación, sin imponer remedio procesal o una medida de ejecución determinada...” (Abramovich y Courtis, 2005, 68).

En ese sentido, las decisiones jurisprudenciales sufren una transición adicional por la cual el resultado de política expresada mediante sentencia experimenta el progresivo tránsito de una simple declaración de la omisión, a la disposición de dictamen, e inclusive, al diseño directo de la política.

	Previo el emergimiento de condiciones detonantes	Con el aparecimiento de condiciones detonantes	
Resultado de política	Declarar la omisión	Disponer el dictamen	Diseñar directamente la política

CONCLUSIONES

La investigación propuesta intenta comparar el cambio ocurrido antes y después del aparecimiento del mecanismo causal expuesto. Para el efecto se emplea la perspectiva instrumental ya aludida. Lejos de una exploración de los probables instrumentos utilizados por la autoridad jurisdiccional, la intención de este estudio es construir una teoría que explique las fuerzas causales del diseño judicial de políticas. En la perspectiva del razonamiento instrumental, no interesa a esta investigación realizar un inventario de posibles/probables instrumentos jurisdiccionales de diseño de políticas, sino que intenta comprender cómo los instrumentos han influenciado en el fenómeno del diseño judicial. En ese sentido, el estudio ha considerado a los instrumentos como evidencias empíricas que contribuyan en la confirmación del mecanismo causal propuesto. El objetivo es identificar en las entidades que integran el mecanismo causal instrumentos empíricos de diseño de políticas que permitan confirmar o invalidar el grado de confianza en la teoría. Para lo cual, y como se ha aludido en la sección anterior, ha sido pertinente acoger la taxonomía desarrollada por Hood y optimizada por Howlett. El estudio ha mostrado una modificación en la conducta judicial de los países analizados.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abramovich V. y Pautassi L. (2009). La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos. Buenos Aires: El Puerto.
- Abramovich V. y Courtis C. (2014). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta.
- Acurio, F. (2016). Revista de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Cuenca. Políticas públicas y acceso a medicamentos en el Ecuador. 24(2), (p. 64-73). Recuperado de: <https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/medicina/article/view/992/880>
- Aldisert, R. (2009). Judicial Declaration of Public Policy. The Journal of Appellate Practice and Process, 10. (p. 229-245). Recuperado de <https://lawrepository.ualr.edu/appellatepracticeprocess/vol10/iss2/2>
- Álvarez, S. (2016). Análisis de la Estructura para la Gestión del Suministro de Medicamentos en el Ministerio de Salud Pública. Quito: Repositorio digital de la USFQ. Recuperado de <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/6261/1/128705.pdf>
- Celi, E. (23 de marzo de 2020). "Finanzas: Salud tiene USD 3.888 millones, pero no los gasta". Primicias. Recuperado de <https://www.primicias.ec/noticias/economia/presupuesto-salud-finanzas-asamblea/>
- Chauca, R. (2021). La covid-19 en Ecuador. Fragilidad política y precariedad de la salud pública. Recuperado de <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/Mt4Y7Ykrnwt5x7tzKdZHDYG/>
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.
- Guerrero, E. (2018). La reforma judicial ecuatoriana como mecanismo de control. Quito: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Manosalvas, M. (2018). Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo Reforma y Democracia. Cuando las políticas fallan. Desafíos en la reducción de la desnutrición crónica infantil en el Ecuador. (71) (p. 155-188). Recuperado de <https://www.redalyc.org/jatsRepo/3575/357559213006/html/index.html>

Mejía, A., Araujo, M, Pérez-Liñán, A. y Saigeh, S. (2009). Agentes de poder de veto, instituciones frágiles y políticas de baja calidad (1979-2005) en A. Mejía (coord.). Por el ojo de una aguja: la formulación de políticas públicas en Ecuador. (p. 31-118).

Mejía, A. (2009). Cambio constitucional y perspectivas en A. Mejía (coord.). Por el ojo de una aguja: la formulación de políticas públicas en Ecuador. (p. 209-220).

Vidal, J. y Di Fabio, J. (2017).

Ministerio de Salud Pública. Reglamento de fijación de precios de medicamentos de uso y consumo humano. (Decreto Ejecutivo 400 de 2014). 14 de julio de 2014. R.O. 299 de 29 de julio de 2014.

Ministerio de Salud Pública. (2009). Manual de proceso para la gestión de suministro de medicamentos. Recuperado de <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/0915-A.-MINISTERIAL-MANUAL-DE-PROCESOS-PARA-LA-GESTION-DE-MEDICAMENTOS-EN-EL-MSP-28-12-2009.pdf>

Ministerio de Salud Pública (2017). Política Nacional de Medicamentos 2017-2021. Recuperado de <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/Politica-Nacional-de-Medicamentos-con-acuerdo.pdf>

Noboa, A. (22 de julio de 2021). “Los 11 objetivos del plan de desarrollo de Lasso”. Primicias. Recuperado de <https://www.primicias.ec/noticias/politica/ejecutivo-objetivos-plan-nacional-desarrollo/>

Orth, J. (s.f.). The Role of the Judiciary in Making Public Policy. Recuperado de https://nccppr.org/wp-content/uploads/2017/02/The_Role_of_the_Judiciary_in_Making_Public_Policy.pdf

Uprimny, R. (2007). La judicialización de la política en Colombia: Casos, Potencialidades y Riesgos. Recuperado de <https://www.scielo.br/j/sur/a/ZgmvQKYdgyJFCv5hTHDYygS/?format=pdf&lang=es>