



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**HACIA UN CONTROL JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDAD EN LAS
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Autor:

David Mateo López Banegas

Director:

Dr. Guillermo Ochoa

Cuenca - Ecuador

2023

DEDICATORIA

En primer lugar, dedico y consagro mi vida Dios, pues a él le debo todo, a mi padre Pedro Marcelo López Suarez, por su diaria enseñanza en el trabajo y la responsabilidad de estudiar para servir, a mi madre Laura Banegas por su constante esfuerzo y sacrificio en mi paso por la Universidad. A ellos que entregaron sus sueños para cumplir los míos. A mi hermano Pedro y su esposa Karina, quienes siempre me han apoyado en todos los sentidos, a mis otros hermanos Jairo, Marcos y Malena, quienes son mis más cercanos amigos y compañeros en este viaje de la vida. A mis Abuelitos Samuel, Teresa y Vicente por sus oraciones y sus experiencias que me han ayudado a mejorar; a mis sobrinos Facundo y Francesco, quienes han sido mi inspiración para superarme.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a esas personas que me llevaron a alcanzar este logro. A toda mi familia, ustedes fueron fundamentales en mi formación de la vida. Al Doctor Guillermo Ochoa por su gran ayuda en este camino, a mis maestros y mentores de esta Universidad del Azuay gracias por su formación académica y humana.

RESUMEN:

La investigación está enfocada en el control judicial de la constitucionalidad en las políticas públicas, mediante la acción de protección. Para desarrollarlo se estudia la estructura y desarrollo de dichas políticas, los elementos que la conforman, los tipos y mecanismos de evaluación. Se examinan los requisitos de procedencia de la garantía constitucional mencionada y su aplicación por los órganos jurisdiccionales. El estudio es cualitativo y se emplean métodos como el exegético jurídico y el análisis de casos. Se concluye que, la acción de protección, constituye una poderosa forma de controlar las políticas públicas, en función de proteger los derechos constitucionales.

Palabras Clave: Políticas públicas, Control Judicial, Acción de Protección.



20 - Solio - 2023

Dr. Guillermo Ochoa Rodríguez

Tutor del Proyecto de Titulación

ABSTRACT:

The research is focused on the judicial control of the constitutionality of public policies, through protection action. To develop it, the structure and development of said policies, the elements that make it up, the types and evaluation mechanisms are studied. The origin requirements of the aforementioned constitutional guarantee and its application by the jurisdictional bodies are examined. The study is qualitative and methods such as legal exegesis and case analysis are used. It is concluded that the protection action constitutes a powerful way of controlling public policies, in order to protect constitutional rights.

Keywords: Public Policies, Judicial Control, Protection Action



David Mateo López Banegas

Degree Project Author



ÍNDICE

Índice de contenido

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
RESUMEN:	iv
ABSTRACT:	v
Introducción	1
Capítulo I.- INTRODUCCIÓN A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	5
1.1 Hacia su concepto y naturaleza.	5
1.1.1 Breve desarrollo histórico (del simple diseño a la implementación)	5
1.1.2 Dicotomía entre la Política y las Políticas	7
1.1.3 Hacia un concepto de Política Pública.	9
1.1.4 Desarrollo legislativo.....	11
1.1.5 Elementos que constituyen una política pública	14
1.1.6 Tipos de Políticas Públicas	17
1.2 Las políticas públicas en Ecuador	19
1.2.1 Planificación de las políticas públicas a través del Plan Nacional del Buen Vivir.....	20
1.2.2 Proceso de desarrollo de una política pública.....	21
1.3 La acción de protección	29
1.3.1 Naturaleza y definición	30
1.3.2 Objeto de la acción de protección.....	32
1.3.3 Requisitos, procedencia e improcedencia de la acción	32
Capítulo II.- RELACIÓN ENTRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	35
2.1 Intervención del poder judicial en las políticas públicas.	35
2.1.1 Razones de intervención de los jueces en las políticas públicas.....	36
2.1.2 Formas de intervención de los jueces en las políticas públicas.....	40
2.2 La justicia constitucional como mecanismo de exigibilidad de derechos en las políticas públicas	53

2.2.1	Fases del proceso de formación y desarrollo de la política pública donde procede la acción de protección	54
2.2.2	El Juez constitucional como actor de las políticas públicas.....	56
2.2.3	Fundamentación legal y constitucional del juez constitucional como actor de las políticas públicas	58
2.2.4	Reparación integral en la acción de protección frente a una política pública.	62
2.2.5	Límites de intervención de los jueces en las políticas públicas.....	63
	Capítulo III.- DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA EXIGIBILIDAD LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.....	66
3.1.	El marco metodológico del desarrollo sostenible	66
3.1.1.	Origen y evolución del concepto de desarrollo sostenible	67
3.1.2	Valor jurídico del concepto de desarrollo sostenible en el derecho internacional	70
3.1.3.	Los principios de desarrollo sostenible.	74
3.2	Diseño institucional y los derechos económicos, sociales y culturales	79
3.2.1.	Contenido y recepción jurídica de los derechos sociales fundamentales	79
3.2.2	Democracia y garantías de los derechos sociales fundamentales	84
	Capítulo IV.- ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN	88
4.1	Ejercicio de la acción de protección	88
4.2	Inadmisibilidad de la acción de protección	91
4.3	Análisis de sentencias.....	93
4.3.1	Caso No. 17230-2020-07856 Freddy Carrión Intriago (Defensor del Pueblo del Ecuador) y otros vs Lenin Moreno Garcés (Presidente de la República) y otros	93
4.3.1.1	Identificación de la tensión jurídica	93
4.3.1.2	Derechos constitucionales vulnerados	94
4.3.1.3	Elementos que la sentencia aporta para la construcción de un sistema de control judicial de política públicas	99
4.3.2	Caso No 17981-2021-00234 Luis Alberto Salas Klocker y otros vs Ministerio de Economía y Finanzas y otros.....	100
4.3.2.1	Identificación de la tensión jurídica	100
4.3.2.2	Derechos constitucionales vulnerados	101
4.3.2.3	Elementos que la sentencia aporta para la construcción de un sistema de control judicial de política públicas	102
4.3.3	Caso 17297-2021-00409 Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros	102
4.3.3.1	Identificación de la tensión jurídica	102

4.3.3.2. Derechos constitucionales vulnerados	104
4.3.3.3 Elementos que la sentencia aporta para la construcción de un sistema de control judicial de política públicas	108
4.3.4 Caso 282-13-JPF. Sentencia No. 282-13-JP/19 Corte Constitucional del Ecuador 108	
4.3.4.1 Identificación de la tensión jurídica	109
4.3.4.2 Derechos constitucionales vulnerados.	110
4.3.4.3 Elementos que la sentencia aporta para la construcción de un sistema de control judicial de política públicas.	110
CONCLUSIONES	113
RECOMENDACIONES.....	116
BIBLIOGRAFÍA.....	117

Introducción

La política, desde la perspectiva del poder, los procesos electorales o el poder de representación, resulta muy diferente a la política, entendida como el gobierno en acción, el quehacer de la administración pública. Esa diferencia, que a lo largo de la historia se ha manifestado de las más diversas maneras, ha causado muchos problemas en los ciudadanos, quienes deberían ser los beneficiarios de las políticas. La posibilidad de elegir a los gobernantes debía traer por consecuencia la adopción, por parte de ellos, de las mejores políticas en beneficio de sus electores.

Sin embargo, lo antes expuesto, en la práctica no ha sucedido. Son muchos los ejemplos, a lo largo de la historia, en que las sociedades se han decepcionado de sus líderes porque las políticas no han sido las esperadas. Ello ha suscitado crisis en los partidos políticos y crisis representativas. La existencia de Constituciones y el resto de los cuerpos legales no han sido suficientes para evitar tales descalabros. Las políticas públicas deben ser diseñadas dentro de los límites de los poderes de representación recibidos y con absoluto respeto a los derechos de los ciudadanos y los estándares jurídicos imperantes.

A pesar de lo planteado, en muchas ocasiones los estándares jurídicos no se observan o, peor aún, las políticas públicas no cumplen los objetivos para las cuales fueron diseñadas. Esto ha ocasionado que el poder judicial tenga que intervenir y, en el ejercicio de sus facultades legales, compeler a las instancias pertinentes para que las referidas políticas sean ajustadas al ordenamiento jurídico o sean formuladas, ante la pasividad de los poderes de representación.

En ese sentido, el presente trabajo se analiza la intervención que realizan los jueces del Ecuador en las políticas públicas, a fin de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos y controlar el ejercicio del poder político, por parte de los representantes del Estado. Se pretende demostrar de qué manera el poder judicial realiza un trabajo efectivo en la protección de los derechos ciudadanos ante las políticas públicas, teniendo en cuenta que el juez en el Ecuador tiene la facultad de controlar e incluso, generar políticas públicas ante la ineficiente implementación de alguna de ellas, que no deben alejarse, de ninguna manera, de los derechos y garantías constitucionales.

Corresponde plantear que, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) declara como objetivo asegurar que todas las actividades del Ecuador respeten los aspectos formales y materiales de la Carta Magna, el ejercicio de los derechos humanos y la preponderancia de las disposiciones constitucionales en todos los ámbitos. En consecuencia, otorga a cada juez la autoridad para ejercer el control constitucional de toda norma, decisión, acción u omisión de autoridades públicas y judiciales, incluyendo las políticas públicas y las acciones de los particulares.

En esa línea, el control constitucional de las políticas públicas ha de hacerse al amparo del ejercicio de la acción de protección, regulada en la mencionada Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) en los artículos del 39 al 42, en consonancia con su reconocimiento constitucional en el artículo 88 (Constitución 2008). Esta acción procede cuando se consideren vulnerados derechos constitucionales o derechos humanos protegidos en instrumentos jurídicos internacionales.

Se debe destacar que, el tema de estudio, se considera de gran actualidad e importancia puesto que, en un Estado de derechos tal y como reconoce la Constitución ecuatoriana (2008), el respeto y protección de los derechos y garantías constitucionales deben constituir la tarea fundamental de todo servidor público, institución, organismo o ente estatal. El poder judicial tiene la responsabilidad de identificar y forzar la rectificación de toda decisión, acción o política pública que se aleje de esa prioridad.

En atención a ello, la investigación está estructurada en cuatro capítulos. El primero estudia las políticas públicas y a la acción de protección. El capítulo II se refiere a la relación que existe entre dichas políticas y la garantía jurisdiccional antes mencionada. El tercero está dedicado a revisar el tema del desarrollo sostenible y la exigibilidad los derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, el cuarto está encaminado al análisis de varias sentencias que guardan relación directa con el tema de estudio. Para desarrollar la investigación los objetivos están formulados en el siguiente sentido:

Objetivo General: Determinar si los jueces realizan un control judicial de constitucionalidad sobre las políticas públicas, por medio de las acciones de protección en el periodo 2013- 2017.

Para lograr el objetivo antes formulado, se define como objetivos específicos los siguientes:

- Analizar la estructura, funcionamiento y desarrollo de las políticas públicas y la acción de protección como mecanismo de protección de derechos.
- Identificar el nexo existente entre las políticas públicas y la acción de protección como mecanismo de exigibilidad de derechos en las políticas públicas.
- Sistematizar las diferentes sentencias de acciones de protección, en donde se pueda evidenciar que los jueces intervienen como agentes de control de las políticas públicas en los años 2013 – 2017.

Por otro lado, la metodología empleada en el estudio es de tipo cualitativo, en tanto permite abordar el tema a través de sus propiedades y manifestaciones observables, favoreciendo su estudio desde el entorno en el que se desenvuelve. En el presente caso se describe el objeto de estudio precisando las cualidades que lo componen y las peculiaridades que le distinguen, es decir, las políticas públicas, los derechos y garantías constitucionales y el control de la protección de estos a través del poder judicial.

Igualmente, se utiliza un enfoque teórico empírico de investigación pues en el trabajo se analiza doctrina y pensamientos de diferentes autores. Además, el trabajo se valida mediante el estudio de sentencias en las que se tramitan procesos de acción de protección en la ciudad de Cuenca, donde los jueces fallan respecto a las políticas públicas. De esta manera, se interactúa directamente con el objeto de estudio.

Asimismo, se realiza un tipo de estudio histórico – jurídico, pues se presenta un breve desarrollo histórico y legislativo sobre el tema en cuestión. Se desarrollan estudios jurídico descriptivo y jurídico propositivo; el primero aplicando el método analítico sobre los temas jurídicos en cuestión, para lo cual se analiza el tema por partes, para su mejor entendimiento. En el segundo, mediante el análisis de sentencias de acción de protección en la ciudad de Cuenca, se evalúa el actuar del juez, en materia constitucional.

En cuanto al método de investigación se aplica en un primer momento el método deductivo, a partir de una incógnita que es el hecho de lograr entender si existe un efectivo control integral de derechos constitucionales en las políticas públicas en los asuntos que se presentan en el tribunal de Cuencas. A partir de las generalidades del

tema se realizan concreciones progresivas hasta llegar a responder la incógnita. En segundo momento se aplica el método inductivo, al analizar casos singulares, concretamente en el análisis de sentencias y a partir de estos casos singulares se formulan conclusiones generales.

Capítulo I.- INTRODUCCIÓN A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.

1.1 Hacia su concepto y naturaleza.

En el presente capítulo se ofrecen los fundamentos históricos y teóricos de la investigación. Para ello se parte, de un breve recuento del surgimiento y desarrollo de los estudios acerca de las políticas, y su distinción de la política, se estudia la diferencia entre los políticos y los analistas políticos, principales artífices de las políticas públicas, aspecto esencial de este trabajo. También se aportan definiciones de políticas públicas, se expone la evolución de su regulación jurídica en varias Constituciones ecuatorianas y se caracterizan las políticas en estudio, analizando los elementos que la integran, las variantes que se presentan y su manera de identificarlas. Finalmente, se analiza la normativa Constitucional respecto a las políticas públicas y la acción de garantía dispuesta para impedir que estas vulneren los derechos fundamentales de los ecuatorianos.

1.1.1 Breve desarrollo histórico (del simple diseño a la implementación)

Para iniciar el examen del desarrollo histórico de las políticas públicas, se toma como base que, Aguilar (Aguilar L. , El estudio de las políticas públicas, 2013) afirma, que su estudio surge a partir de los años 70, en Norteamérica. La tradicional sospecha conservadora contra el poder estatal, su resistencia a las innecesarias intervenciones del gobierno en la esfera de las libertades privadas, habían cedido en favor del “consenso liberal”. Los tiempos de guerra, la depresión y la actitud del gobierno frente a toda esa situación, habían acrecentado la desconfianza de los ciudadanos en el gobierno, por lo que los liberales proponían una lucha en contra de la pobreza, la desigualdad y la discriminación.

En ese orden, el auge de esta lucha comienza con el triunfo del presidente Lyndon B. Johnson y la mayoría demócrata en las dos cámaras. Esto permitió como analiza Aguilar (2013) que, el gobierno pudiera emprender, de forma muy amplia, políticas públicas en contra de la pobreza, el aumento de los servicios de salud, seguridad y empleo, incrementando, además, de forma considerable, el tamaño del gobierno y la burocracia. El gobierno y las universidades comenzaron a realizar estudios y proyectos para la implementación y evaluación de las políticas públicas, lo

que significó la participación de múltiples académicos de diferentes materias como ingenieros, maestros, matemáticos, médicos (Aguilar L. , El estudio de las políticas públicas, 2013).

Por su lado, Solís (2019) ubica el surgimiento del interés por el estudio de las políticas, también en los Estados Unidos, pero considera que el examen de las políticas del New Deal del presidente Roosevelt, en los años 30, marcan el inicio de la disciplina. Weimer (2015), por su parte, considera que el inicio de la disciplina podría fijarse en fecha tan temprana como el 1921, cuando el gobierno estadounidense creó dos agencias para ofrecer apoyo a la política fiscal, en un esfuerzo por aumentar la capacidad de análisis del gobierno.

Se debe resaltar que, en cualquier caso, coinciden los autores mencionado, al igual que Navarro (2008) conque, el fiasco de los programas públicos de los años 60, constituyó el mejor de los incentivos para el impulso de los estudios en la materia, en tanto los investigadores necesitaban entender las causas del fracaso, para lo cual resultaba imprescindible crear modelos y desarrollar estudios teóricos, dado el elevado nivel de complejidad y de actividad del tema. Se comienzan a generar entonces instrumentos conceptuales y analíticos para la especialidad.

Posteriormente, con base a lo revisado, los estudios se fueron centrando en la implementación de las políticas públicas. La atención exclusiva al diseño y análisis de las políticas, desatendiéndose su implementación, demostró la necesidad de un trabajo conjunto entre la creación y la puesta en práctica de las políticas públicas. Demostró, además, que las políticas públicas no solo dependen del gobierno central o el poder legislativo, sino también corresponden a una gran estructura político-administrativa que es la que, en definitivas, le corresponde llevarla a la realidad.

Asimismo, el estudio de la implementación de las políticas públicas exige mucho más de sus diseñadores. Los obliga a traspasar sus presupuestos científicos y producir algo nuevo, mejorado, ajustado a la realidad. La ejecución de las políticas públicas constituye una especie de puente entre la declaración de la política pública y los resultados que se pretenden alcanzar. Por ejemplo, se genera una política pública para mejorar los servicios de salud, se declara que, para lograrlo, se aumentará el número de empleados en los hospitales. Entre estas dos declaraciones está el puente de la implementación de la política, que transforma la declaración en una secuencia lógica

de acciones observables, las que se traducen en presupuestos suficientes, acuerdos políticos y sociales eficientes, calidad técnica y efectividad burocrática.

1.1.2 Dicotomía entre la Política y las Políticas

A propósito de la temática planteada, resulta necesario diferenciar dos conceptos que en inglés se distinguen con facilidad, no así en español: *the politics* y *the policies*. La primera se traduce como: política y se refiere a las relaciones de poder y los procesos electorales. La segunda se traduce como las políticas, entendidas como el accionar de la administración, los quehaceres de los organismos públicos, las políticas públicas. Son dos conceptos diferentes.

En esa línea, inicialmente se entendía que los políticos se encargaban de tomar las decisiones y los administradores públicos se encargaban de ponerlas en operación, decidiendo los recursos, instrumentos y organizaciones para llevarlo a la práctica. Los estudios iniciales se centraron más en la política que en las políticas públicas, es decir la ciencia política se enfocaba más en el estudio de la estructura institucional y la justificación filosófica del gobierno (Aguilar L. F., 1993).

Se debe destacar, que el divorcio entre la política y las políticas genera, como explica Vargas (2017) que, las decisiones tomadas por los políticos, sin tener en cuenta la actuación de los operadores públicos genere en la práctica, políticas que nada beneficien a los ciudadanos. Esta decisión del político, alejada de la actuación de los administradores carecerá de una buena implementación y de un buen resultado. A esta situación se suma la corrupción, la ineficiencia y el clientelismo político, causantes de crisis de gobernanza y representación hacia los políticos. Esta es una de las razones por la que se les comienza a asignar a los jueces la responsabilidad de examinar la legalidad de las políticas públicas, con se analiza más adelante.

Por otra parte, la transformación de una decisión política en una realidad pública debe depender de un trabajo articulado entre todos los poderes del Estado. Al respecto Boneti (2017) indica que, el legislador diseña, de forma general las políticas públicas a desarrollarse en un país; el ejecutivo toma la decisión sobre qué política pública ejecutar, de acuerdo con el marco legal preestablecido por el legislador; el propio ejecutivo, a través de los operadores públicos, implementa la política pública en pro del beneficio de las mayorías.

De la misma forma, se considera necesario recalcar que el marco constitucional y legal para un trabajo conjunto entre la política y las políticas públicas, no resulta del todo suficiente. Las negociaciones políticas, el clientelismo y otros factores de origen político hacen que ciertas políticas públicas no sean del todo provechosas para las mayorías. Es por ello por lo que, se diferencian los actores de las políticas públicas y de la política en cuanto a sus intenciones, intereses y opiniones.

El analista político, que constituye el actor de las políticas públicas, tal como analiza Aguilar (2013) persigue como objetivo, la eficiencia económica a través de las políticas públicas, es decir la suma de todos los beneficios y la resta de todos los costos, proporcionan al analista la medida del interés público. El político prioriza la negociación, la transacción y el compromiso, es decir su fundamento está en la fuerza del posicionamiento entre sus electores. Por tanto, no responde a los ciudadanos de forma individual, sino a las comunidades y colectivos electorales organizados a los que quiere ganar con políticas públicas y de quienes quiere obtener su apoyo.

En ese marco, se debe exponer que, al político no le interesa que los costos sean más altos que los beneficios siempre y cuando obtenga el apoyo de los ciudadanos, en definitiva, el político quiere satisfacer los deseos expresados por la gente, mientras que el analista quiere satisfacer lo que la gente necesita, sin importarle que lo que desee sea diferente. Se puede ilustrar esta afirmación con un ejemplo hipotético: el Gobierno Provincial del Azuay cuenta en un presupuesto con cinco millones de dólares destinados a mejorar la vialidad de la localidad. Se enfrenta a tres opciones:

- Podría utilizar 1 millón de dólares para pasar carpeta asfáltica y dejar una vía en perfectas condiciones para una parroquia. El presupuesto le alcanzaría para solucionar completamente el problema vial de cinco parroquias en el Azuay, vías que, con el tránsito de los carros, se conservarían en buen estado por 10 años aproximadamente; Podría emplear esos 5 millones de dólares en cubrir con doble tratamiento superficial bituminoso la vialidad de, al menos, 16 parroquias; con una duración de las vías en buen estado de 2 años; o,
- Podría dar un lastrado de las carreteras a las 61 parroquias del Azuay, pero la duración del arreglo sería de 5 meses aproximadamente o menos, si las condiciones del tiempo no son buenas.

Con estas 3 opciones, un analista político tomaría la opción uno, máximo la dos, pero nunca tomaría la opción tres, porque sabe, que eso no solucionaría el problema de vialidad, solo sería una declaración de buena intención y una mala utilización de dinero público. El analista razona que, al solucionar el problema vial de 6 parroquias por año, en los 4 años de administración, se habrá solucionado completamente el problema vial en 28 parroquias.

Por su lado, el político razona de otra manera, prioriza el criterio público, por lo que considera que, si solo atiende a 6 parroquias al año, va a sufrir la presión social del resto; por lo que prefiere no solucionar el problema, pero contentar momentáneamente a las 61 parroquias rurales dando un mantenimiento vial de costo barato.

1.1.3 Hacia un concepto de Política Pública.

Para arribar a un concepto propio de política pública, resulta imprescindible estudiar las definiciones aportadas por la doctrina. Siendo así, se examina el criterio de Canto (2002), quien afirma que las políticas públicas son los caminos que deben seguir todas las acciones encaminadas a dar solución a los problemas públicos.

De igual manera, Aguilar (2013) considera que son disciplinas científicas, multidisciplinarias, puestas al servicio de gobiernos democráticos, encaminadas a solucionar problemas públicos, que resultan de interés para todos los miembros de una determinada agrupación política. Constituyen respuestas elaboradas y aplicadas a la sociedad, mediante procesos políticos, con el objetivo de resolver situaciones que resultan trascendentes para la sociedad.

Por su parte, Subirat (1989) considera que las políticas públicas se crean en un proceso progresivo de disposiciones, acciones u omisiones, adoptadas por los gobiernos, entendido de manera general, y que se constituyen en la respuesta definitiva, en un lugar y momento determinado, a los problemas públicos de la sociedad de que se trate.

Por su parte, Espinoza (2009) afirma que las políticas públicas emergen en respuesta a determinadas demandas efectuadas por los actores sociales o sus representantes y para dar soluciones a situaciones de orden público o de algunas agencias de gobierno para actuar o mantenerse inactivo respecto de algún problema.

En ese sentido, Reppeto (2001) resume su criterio sobre las políticas públicas, afirmando que constituyen el resultado de la interacción entre los diferentes actores sociales y estatales, en el marco de la institucionalidad, mientras que Piñango (2003) las define como las propuestas que formula el gobierno acerca de la mejor manera de alcanzar objetivos sociales deseados. Advierte que son ideas y que, como todas ellas, cuentan con fortalezas y puntos débiles y son susceptibles de provocar efectos no deseados.

En atención a las definiciones antes expuestas, resulta posible afirmar que las políticas públicas constituyen la expresión de las estrategias diseñadas por los actores políticos, para enfrentar y dar solución a dificultades que enfrenta la sociedad en un momento específico. De las anteriores definiciones podemos colegir que las políticas públicas no pueden tener vida si no existen ciertos factores como son:

La política pública depende de la existencia de una decisión. Esta decisión deriva en una acción o una inacción determinada;

- En esta decisión pueden estar involucrados múltiples actores quienes intervienen, se involucran, muchas veces presentan sus problemas, exigen o solicitan una política pública concreta. Sin embargo, el actor principal sin el cual no puede existir la política pública es el órgano público; y,
- Tiene que existir un problema público, una situación que afecte, de forma colectiva a un grupo de personas en concreto o bien a un grupo de personas difuso o general. Ese problema tiene que estar justificado.
- Además de los factores mencionados con anterioridad, resulta necesario que, el órgano público, trace los objetivos o metas que se quieran obtener con la política pública. Además, es fundamental la existencia de un proceso o un ciclo de planificación, implementación y evaluación de las políticas públicas. En ese orden, todas las acciones o inacciones tienen que ser interrelacionadas, deben depender unas de otras y deben definirse en tiempos determinados o determinables.

Este proceso, en la práctica, se vuelve técnico, financiero, legal. El curso de las acciones tiene que guardar respeto y obligación a estándares jurídicos preestablecidos, respetar el marco legal y constitucional.

1.1.4 Desarrollo legislativo

Para revisar el asunto del desarrollo legislativo, es primordial decir que, en Ecuador, a lo largo de la historia, los gobiernos han ejecutado políticas públicas, tanto positivas como negativas, sin embargo, casi no ha existido legislación sobre su planificación, implementación y evaluación. La Constitución 2008 (2008) reconoce por su nombre las políticas públicas, disponiendo en su artículo 11.8, que el contenido y alcance de los derechos constitucionales serán desarrollados, de manera progresiva mediante las leyes, las políticas públicas y la jurisprudencia.

En esa línea, es primordial destacar que, las Constituciones anteriores contenían disposiciones sobre la planificación, parte fundamental de las políticas públicas, sin embargo, no se empleaban esa terminología. A continuación, se mencionan algunas de ellas de forma progresiva.

Por ejemplo, la Constitución de (1929) fue aprobada durante la presidencia de Isidro Ayora, realiza disposiciones acerca del proyecto de presupuesto, refiriéndose a la manera en que se debería utilizar el presupuesto del Estado. Sin lugar a dudas esa declaración incluye el mandato acerca del gasto referido a las políticas públicas que se ejecutarán en el año. El artículo 83, numeral 14 del texto constitucional señala que es potestad del poder ejecutivo realizar el proyecto de presupuesto para el año siguiente

La Carta Magna (1929) en estudio, involucra a otros actores en la participación de la elaboración del proyecto de presupuesto. El Consejo de ministros, de Gobierno y el Consejo de Estado, tendrían la obligación de emitir un dictamen razonado sobre el proyecto de presupuesto. El proyecto de presupuesto debía ser sometido al análisis del Consejo de Estado, órgano que estaba conformado por el presidente de la Corte Suprema, dos diputados, dos senadores e incluso el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central del Ecuador. Es importante señalar que, pese a la multiplicidad de actores que intervenían en la aprobación del proyecto, no se decidían actuaciones concretas sobre políticas a ejecutar, por parte de los gobiernos seccionales, ni directrices, ni obligaciones, ni financiamiento para aquello.

Por su lado, la Constitución de (1946), crea una institución conformada por distintos actores llamada la Comisión Técnica de Presupuesto, conformada por dos ministros, un legislador y un representante del Consejo Nacional de Economía, con la responsabilidad de elaborar el presupuesto del año. El artículo 136 de la Constitución,

obligaba a la referida Comisión Técnica de Presupuesto, a considerar las sugerencias de autoridades, corporaciones y legisladores provinciales, a fin de garantizar que se tuviese en cuenta en la elaboración del presupuesto, las necesidades de todas las provincias

Más tarde, en la Constitución de (1967) se desarrolla un poco más la planificación de las políticas de Estado. Se confiere al Presidente la facultad de promover y vigilar el cumplimiento de los planes de desarrollo económico y social, se crea la Junta Nacional de Planificación y Coordinación, la que tenía como atribuciones: elaborar el Plan General de Desarrollo Económico y Social de la Nación y someterlo a consideración del Presidente; coordinar la cooperación técnica y financiera, establecer directivas a las que debían sujetarse las entidades públicas y semipúblicas

Asímismo, la mencionada, Constitución (1967) representó un avance con respecto a la implementación de políticas públicas, ya que no solo se reconoce en su texto la obligación de formular las políticas, también dispone el órgano encargado de coordinar y vigilar su ejecución. El artículo 245 de esa Carta Magna dispone que, los gobiernos seccionales están obligados a sujetarse al Plan General de Desarrollo, con independencia de su autonomía administrativa y económica, reconocida en la Constitución.

Se debe decir, que algo muy parecido a lo antes expuesto, dispone la Constitución vigente (2008) respecto a la obligación de los gobiernos regionales autónomos de generar sus políticas públicas en correspondencia con el plan nacional (artículo 262), lo cual se encuentra en correspondencia con los Objetivos de Desarrollo Económico de la ONU, la Agenda Urbana de la ONU y lo más relacionado el Plan Nacional del Buen Vivir. Sin dudas este logro se agradece a la Constitución de 1967.

Siguiendo con el desarrollo legislativo, es importante decir que, la Constitución de 1979, con el retorno a la democracia, crea el Consejo Nacional de Desarrollo, el cual era presidido por el vicepresidente de la República. Este Consejo, que tenía la facultad de fijar las políticas generales económicas y sociales del Estado y de elaborar los correspondientes planes de desarrollo, que serían luego, aprobados por el Presidente para su ejecución (artículo 89).

De igual forma, se debe destacar que lo novedoso de la Constitución de (1979), está en que el Consejo de Desarrollo, por mandato constitucional, debía estar conformado, además, del vicepresidente y los ministros, por un representante de los trabajadores. Uno de ellos, elegido de las cámaras de producción y otro de las Universidades, lo cual claramente, es un adelanto para la planificación de las políticas públicas, pues como se indicó anteriormente es fundamental la participación vinculante de distintos actores de la sociedad

Esta Constitución (1979) resulta muy importante también, porque dispone el cumplimiento y la ejecución obligatoria de los planes de desarrollo, por parte de los ministros y las demás entidades del sector público (artículo 91) y define cuáles instituciones se considerarán del sector público (artículo 175). Asimismo, establece responsabilidad penal, civil y hacendaria por el manejo y administración de los fondos, aportes o recursos públicos, a todos los servidores del sector público (artículo 176).

En virtud de lo antes explicado, se considera, que la Constitución de 1979, es la primera que reconoce sanciones a los servidores por el manejo inadecuado de los fondos públicos, lo cual la convierte en la Carta Magna que más ha contribuido al desarrollo legislativo de las políticas públicas. Fomentó la participación de múltiples actores en la creación de las políticas, estableció la obligatoriedad de elaborarlas y dio inicio a un control judicial de políticas públicas con el reconocimiento de responsabilidad penal, civil y hacendaria en el manejo de los fondos públicos.

Por otro parte, está la Constitución de 1998, la que no aportó muchos avances en cuanto a la planificación de las políticas públicas. Este cuerpo legal, fomentó la descentralización, autorizó a los gobiernos seccionales a establecer departamentos de planificación para los planes de desarrollo provincial y cantonal e implementó un sistema de economía social de mercado (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998).

En consecuencia, con lo antes planteado, las políticas públicas en la Constitución estudiada (1998), se encaminaron a objetivos económicos más que sociales. Específicamente, en el artículo 244 se dispone que, al Estado dentro del sistema de economía social de mercado, le corresponde facilitar la ejecución de actividades económicas, emprender otras nuevas cuando así lo requiera el interés general, proteger

los derechos de los consumidores, establecer una política fiscal disciplinada, entre otras

1.1.5 Elementos que constituyen una política pública

Corresponde dar a conocer, los elementos que permiten identificar las políticas públicas. Ellos son:

- Los actores públicos y los grupos de interés: En las políticas públicas existen múltiples actores, o grupos de actores. Cada uno de ellos es un dato y el poder se atribuye según las ventajas logradas por cada actor en la decisión final. El actor público es quien genera la política cuya legitimidad depende no solo de la competencia legal, también de la formación y el mantenimiento de coaliciones, generalmente temporales. Al estar dividido el poder legislativo, es necesario buscar el apoyo de una parte de aquel, además del apoyo de grupos de interés a favor de la política deseada. Por lo tanto, la política pública se aprueba o se rechaza mediante la construcción de una coalición mayoritaria que se forma a través de negociaciones y con objetivos que resulten atractivos a una gran variedad de intereses (Aguilar L. F., 2007).
- El conjunto de decisiones y medidas de ejecución: Una política pública se vuelve real gracias a un conjunto de decisiones preestablecidas y diseñadas que implican la selección, en un contexto específico, de una serie de valores, fines, objetivos, medidas de actuación y recursos a corto, medio y/o largo alcance que se destinen a dar respuesta a ciertos problemas políticamente identificados como de interés público (Albaladejo, 2014).

Como se ha mencionado, la decisión es tomada por la autoridad pública con la participación de otros actores o grupos de interés; sin embargo, este conjunto de decisiones por sí solas no constituyen políticas. Es necesario que vengan acompañadas de medidas de ejecución, capaces de convertir en realidad esas políticas públicas. Por tanto, para que la política pueda convertirse en tal debe pasar por varias etapas, que comienzan con la toma de la decisión.

Después comienza un proceso de implementación que atraviesa, en la mayoría de los casos, por una legislación promulgada para ello. No siempre se necesitará la intervención del poder legislativo en estricto sentido, también pueden emitirse ordenanzas, circulares, resoluciones de autoridades con potestad legislativa, posteriormente pasa por una asignación de recursos. En algunos casos transita luego

por la promulgación de fallos judiciales y por último se emitirá el correspondiente decreto para su ejecución.

- El Problema Público: la finalidad por la cual se generan las políticas públicas y la razón por la que se genera una agenda de parte del Estado es la solución de un problema que afecte, de forma negativa a un grupo de ciudadanos, sea este concreto o difuso. El problema público, no solo es un problema que se manifieste en la actualidad, también puede ser un problema de un futuro cercano. Por ejemplo, cada año aumentan 4 mil alumnos en las universidades de Cuenca, si no se genera una política pública las universidades en menos de un año colapsarán.

En segundo lugar, la definición debe ser evaluativa, es decir hay que diferenciar entre un problema real y una situación indeseable para los ciudadanos cuando manifiestan que algo está mal en la sociedad, cuestiones que son muy discutibles y relativas. Por lo tanto, en estas situaciones, en criterio de Bardach (2013), siempre es útil examinar la situación en particular con ayuda de las herramientas que proporciona la visión de las fallas del mercado.

En ese orden, la mencionada visión presupone que, si los mercados trabajan razonablemente bien, es difícil que la intervención del gobierno no cree ineficiencias importantes; salvo en los casos donde la decisión es empeorar la situación de algunos miembros de la sociedad para reducir carencias de otros, casos donde se observan otros valores que el de la eficiencia económica. Además de ello, resulta necesario cuantificar el problema, es decir, valorar la magnitud de este, ¿Cuántos jóvenes se quedan sin universidad?, ¿Cuántas familias no poseen alcantarillado?, ¿Qué capacidad económica tenemos para montar infraestructura en universidades? Resulta necesario investigar para responder a las preguntas sobre la magnitud del problema y de las posibles alternativas.

En cuarto lugar, es necesario mitigar o eliminar las condiciones de los problemas, que no son muchas veces percibidos por las autoridades. Bardach (2013) expone un ejemplo, relacionado con los problemas medio ambientales, referido a que los gobiernos no exigen a sus ciudadanos que mantengan los motores de sus autos en buen estado y sus sistemas de control de emisiones, como el escape de humo, aceite, gasolina, en correcto funcionamiento. Estas condiciones deben ser observadas al momento de definir el problema público.

En quinto lugar, no hay que perder las oportunidades, que muchas veces pasan inadvertidas, de aprovechar soluciones creativas para la solución del problema. Cuando se define el problema público las autoridades y los actores políticos y administrativos enfocan todos sus esfuerzos en la búsqueda de la solución parcial o total del problema y dejan pasar oportunidades, o formas creativas de aprovechar las diversas soluciones al mismo.

Por ejemplo, al construir una terminal se solucionan en una parte, los problemas de movilidad, transporte, acceso a la ciudad, interconexión, entre otras. Sin embargo, en la ciudad de Guayaquil, además de construir una terminal grande y efectiva para solucionar los problemas antes mencionados, dentro de la terminal, se construyeron centros comerciales para la venta de ropa, alimento y muchas otras cosas. Ello conduce a que, además de solucionar el problema del transporte, para el cual se generó la política pública, también se crearon mayores fuentes de empleo, dinamismo de la economía, oferta de servicios. Las oportunidades deben ser analizadas también al momento de definir el problema.

- El propósito de cambiar u orientar las conductas o los comportamientos de grupos específicos:

En ese sentido, Albaladejo (2014) afirma que un elemento constitutivo de las políticas públicas es el propósito de cómo el problema público afecta a un grupo de ciudadanos sea concreto o difuso. Partiendo de ello, la política pública no puede ser tal sino cuando su objetivo sea afectar, orientar o cambiar la conducta del grupo al cual está dirigida. Este es un propósito, no una realidad en estricto sentido, pues no siempre se va a lograr orientar o cambiar la conducta de todas las personas pertenecientes al grupo objetivo. Por ejemplo, si sabemos que en el Ecuador el 25% de los jóvenes de 18 a 24 años ni estudian ni trabajan, el Estado genera políticas públicas para la creación de institutos técnicos en todo el país. El propósito de esa política pública es cambiar la conducta y la vida de este grupo de jóvenes.

- La producción de impactos en el sistema social y político:

Para revisar este elemento, se debe plantear que, las políticas públicas impactan en el sistema político y social, pues se realizan en el contexto de un sistema político abierto, caracterizado por las continuas y variadas relaciones de intercambio entre las esferas político administrativa y la sociedad. (Albaladejo, 2014). De esta afirmación se puede colegir que el impacto social se da en virtud de que la política pública llega a transformar la vida de un grupo de ciudadanos, aportando nuevos valores a la

sociedad, dando mayor énfasis a distintos bienes jurídicos protegidos por el Estado, entre otros. El impacto político se evidencia en la interacción entre la autoridad, el actor político administrativo y la sociedad, pues el objetivo de la política será satisfacer determinadas necesidades de cierto grupo de ciudadanos y el efecto positivo o negativo en ellos dará legitimidad o ilegitimidad a la autoridad responsable de la política pública.

1.1.6 Tipos de Políticas Públicas

En el ámbito de las políticas públicas, existen muchos criterios de clasificación sobre los tipos de políticas públicas, como por ejemplo el destinatario, el sector de intervención y los beneficios. Sin embargo, el más utilizado como asevera Albaladejo (2014) para determinar una clasificación, es el de Theodore Lowi. Para este, el parámetro de diferenciación es la naturaleza de la coerción que la política introduce entre el Estado y el sujeto. Desde este punto de vista, la coerción se puede ejercer de forma directa o coactiva: un policía multa a un conductor, o de forma indirecta o suave: un policía aconseja al conductor). La coerción tiene incidencias en los ciudadanos afectados, bien en su comportamiento, ya que limita su autonomía o bien a través de la presión en su entorno

Otra forma de diferenciar las políticas, son los costos y los beneficios de las políticas, dependiendo del importe de los costos y de quién los cubre total o parcialmente. Igualmente, se diferencian por el grupo o sector social que se beneficia por la implementación de la política. También, grupos sociales que pueden ser concretos, como por ejemplo los ganaderos, o grupos difusos como las personas mayores de 18 años. Desde estos criterios de clasificación, como expone Canto (2016) las políticas públicas pueden ser: políticas redistributivas; políticas distributivas, políticas regulatorias y políticas institucionales o constitucionales. Estas se exponen a continuación.

- Las políticas redistributivas son políticas de carácter fiscal o social. Los costos son concentrados o concretos, por lo tanto, estas políticas serán pagadas total o parcialmente por un grupo concreto de personas (Canto R. , 2016). Por ejemplo, los productores de licor pagan el impuesto a consumos especiales. Los beneficios de estas políticas son también concentrados; lo recaudado para la X política tendrá que beneficiar a Y, grupo social. Esto hace que los que

tengan más, paguen más para beneficiar a los que tienen menos, redistribuyendo la riqueza.

Un ejemplo claro de este tipo de políticas, en Ecuador, es cuando el Presidente Rafael Correa, a finales del año 2012, manifestó el alza del bono de pobreza de 35 a 50 dólares. Para financiar esta alza en el bono el Estado, obligó a las instituciones del sistema financiero a reducir sus utilidades, entonces los costos de la política fueron cubiertos parcialmente por las referidas instituciones y los beneficios fueron para los destinatarios del bono de pobreza que, concretamente, son 1.9 millones de ecuatorianos.

Otros aspectos importantes en esta clase de políticas es que, casi siempre, generan un conflicto entre dos o más grupos sociales, partidos políticos o colectivos. Los que están a favor de la justicia social, del progresismo, de la igualdad social estarán a favor de estas políticas, mientras que los que piensan que el Estado no debe intervenir en el mercado, los que creen en la economía social de mercado estarán en contra.

- En las políticas distributivas los costos son difusos y los beneficios son concentrados (Canto R. , 2016). Por lo tanto, no está concretamente claro quiénes son los que cubren los gastos de la política. El financiamiento sale del presupuesto general del Estado, por lo que es de entender que estas políticas las pagan todos los ciudadanos con las tasas, contribuciones, impuestos u otros ingresos del Estado, mientras que los beneficios son concretos. Es decir, para realizar una obra, el teatro, la cancha deportiva o un Coliseo, como decidió el ministerio de deporte en el Cantón Chordeleg, los costos son sufragados por el gobierno central. No es posible precisar de quién fue ese dinero y los beneficios concretos son para todos los ciudadanos del Cantón Chordeleg.

Este tipo de políticas son las que más les agrada a los políticos, pues es la que apenas genera conflictos entre grupos sociales. De hecho, los diferentes partidos políticos crean acuerdos entre ellos para obtener el presupuesto necesario para sus políticas. De esa manera, se apoyan mutuamente para lograr la aprobación de las políticas que a cada partido conviene.

- Políticas regulatorias. En este tipo de políticas, como explica Bartolomé (2017), los costos son concentrados o concretos y los beneficios son difusos. Se dan cuando existe un problema en general en la ciudadanía y el Estado obliga a los responsables del problema a resolverlo; bien sea implementando políticas, parámetros, maquinaria, o cualquier otra medida. Un ejemplo clásico

son los daños y perjuicios que las empresas mineras provocan al medio ambiente. Generalmente se reconoce como un problema difuso, que afecta a todos. El Estado impone regulaciones para que las empresas mineras incorporen tecnologías que protejan el medioambiente o, al menos, causen menos impactos negativos en el medioambiente. Los gastos serán sufragados por las empresas mineras en concreto y los beneficios de un medioambiente sano son para todos.

El problema de estas políticas es que son complicadas de implementar, pues está clarísimo quiénes se van a oponer a las mismas y no está muy claro quiénes van a apoyar su implementación. Lo que la diferencia de las políticas redistributivas es que en aquellas el conflicto es claro y se recibe apoyo, pero en estas no existe un conflicto entre 2 o más grupos, más bien un grupo, el afectado va a oponerse duramente a la política y no muchas veces habrá otro que apoye el lado contrario.

- Políticas institucionales o constitucionales. En este tipo de políticas, plantea Bolívar (2016) , que los costos son difusos y los beneficiados también son grupos difusos. En este tipo de políticas la ciudadanía no interviene mucho porque las mismas no les afectan, ni les benefician. Son políticas para los que están dentro del Estado, los políticos y los actores políticos administrativos. Por ejemplo, un cambio general que se realice al sistema electoral para que no sea obligatorio que las mujeres embarazadas vayan a votar. No existe conflicto ni oposición en este tipo de políticas.

1.2 Las políticas públicas en Ecuador

Corresponde revisar, las políticas públicas en Ecuador, las que tienen un amplio desarrollo constitucional y legal, pues a través de la Constitución y la ley se ha creado todo un entorno, conformado por instituciones, directrices y regulación con el fin de que las políticas públicas se ejecuten en la medida de lo posible en beneficio de los derechos. En ese sentido, el ya mencionado artículo 11. 8 de la Constitución (2008), declara a las políticas públicas, como una de las maneras en que se desarrollan en el país los derechos reconocidos en la norma suprema.

Se debe plantear, que en el artículo 275 del texto constitucional (2008), se reconoce la responsabilidad estatal de elaborar los planes necesarios para garantizar el desarrollo del país, así como el ejercicio de los derechos y los principios declarados en

la Constitución. En consecuencia, se formula el Plan Nacional de Desarrollo o Plan Nacional del Buen Vivir, mismo que se debe realizar cada 4 años para planificar de forma general las acciones de los diferentes órganos de gobierno, sea este central o descentralizado. En otras palabras, si se habla de políticas públicas en Ecuador, forzosamente habrá que referirse al Plan Nacional de Desarrollo.

1.2.1 Planificación de las políticas públicas a través del Plan Nacional del Buen Vivir

La planificación de las políticas públicas, tal como regula el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP) (2010), se realiza mediante el Plan Nacional de Desarrollo que constituye la máxima directriz política y administrativa para el diseño y aplicación de la política pública. Dicho plan se puede revisar cada cuatro años, con el cambio de Presidente de la República, por lo tanto, puede tener distintos enfoques dependiendo de la persona que ocupe el cargo de Presidente.

Por otro lado, la Constitución (2008) consagra en el artículo 280 que:

El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; la inversión y la asignación de los recursos públicos, así como la coordinación de las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores (p.90).

Igualmente, es el Presidente de la República, quien tiene la competencia para presentar la propuesta del Plan Nacional de Desarrollo al Consejo Nacional de desarrollo, para su posterior aprobación. En otras palabras, es dicha dignidad, quien elabora el Plan, aunque los gobiernos autónomos descentralizados realizarán sus correspondientes planes de desarrollo, en coordinación con el Plan Nacional y, como se mencionó anteriormente, su observancia será obligatoria para todo el sector público.

De estos argumentos se puede colegir que la Constitución ecuatoriana otorga cierto poder mayor al Presidente de la República para, incluso, sobreponer sus políticas sobre las de los gobiernos seccionales, pues el ente que aprueba el plan nacional es el Consejo Nacional de Desarrollo, mismo que se conforma por el Presidente de la República quien lo preside, siete delegados de la función ejecutiva, cuatro

representantes de los Gobiernos Autónomos descentralizados, el secretario nacional de planificación y desarrollo, cuatro representantes de la sociedad civil y la presidenta o presidente del Consejo de Educación Superior. Con lo cual se considera que, prácticamente le pertenece al gobierno central, pues este maneja tres de los seis miembros del Consejo Nacional de Desarrollo (el Presidente, los delegados del ejecutivo y el secretario de planificación y desarrollo).

1.2.2 Proceso de desarrollo de una política pública

Se debe destacar que no existe un acuerdo en la doctrina, respecto al contenido del proceso que conduce a la creación y aprobación de una política pública, conocido como el policy cycle. En este trabajo se describirá el proceso, según los criterios de Baradach (2013), entendiendo que es el que más se ajusta a la realidad ecuatoriana.

1.2.2.1 Proceso de acuerdo con la doctrina

Identificación del Problema: Se ha mencionado que el problema público es el que da origen al planteamiento de la política pública. Es decir, respecto a la situación que afecte negativamente a la ciudadanía, nace el interés del Estado de realizar una política pública que solucione dicho problema. La definición y desarrollo de la investigación sobre la identificación del problema se ha comentado con anterioridad en la sección destinada a los elementos que constituyen las políticas públicas.

Formulación de Soluciones: dentro de este paso del ciclo de las políticas públicas se han identificado cinco subpasos:

- Obtención de información

La tarea de recabar datos de forma general tomaría muchísimo tiempo y tiempo es lo que menos se tiene cuando de políticas públicas se trata, debido a situaciones como la presión política, social, intereses, entre otros. Razón por la cual en este subpaso se tienen que realizar dos actividades, pensar y obtener datos, pues antes de comenzar a obtener cualquier dato, es necesario preguntarse si esos datos tienen algún significado productivo para la realización de la política pública.

Es por ello que se afirma que la obtención de información sirve para tres finalidades, la primera es evaluar la naturaleza y extensión del problema a solucionar, la segunda es evaluar las características particulares de la situación concreta de la política que se pretende estudiar y la tercera es evaluar políticas públicas que se hayan

realizado en otros lugares, tiempos o jurisdicciones para solucionar un problema aparentemente igual o parecido.

En este aspecto se considera necesario destacar que el Manual para la Formulación de Políticas Públicas Sectoriales, aprobado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, (SENPLADES, 2009), advierte la importancia de emplear información validada y oficial, siempre que sea posible. Para ello se pueden emplear los datos aportados por el Sistema Nacional de Información, en el que se compilan las bases de datos y las informaciones procesadas de instituciones oficiales como el Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador, (SIISE), el Sistema de Control Gubernamental, (SIGOB) y aquellos referidos a datos económicos como el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) o el Instituto Geográfico Militar (IGM), entre otros.

- Construcción de alternativas

Para desarrollar este sub paso, es necesario partir de alternativas muy generales, a fin de identificar alternativas particulares. En un principio hay que evaluar absolutamente todas las alternativas posibles. Además de las que tenga el diseñador de las políticas públicas, se deberán analizar las que se obtengan de los diferentes actores ciudadanos, políticos y cualquier otro. Posteriormente se deben descartar las alternativas que, evidentemente, no aportan una solución al problema o sean poco satisfactorias.

Por último, se combinan y reorganizan todas las alternativas que parecen viables, en una alternativa básica con una o más variantes. De esta manera las alternativas del principio serán muy diferentes a las que se construyan al final. En este proceso resulta muy importante también, analizar las causas del problema público. Muchas veces, identificar la fuente del problema, guía hacia los puntos de intervención para lograr la solución.

Relacionado con este aspecto, el Manual para la Formulación de Políticas Públicas Sectoriales (SENPLADES, 2009), en lo adelante el Manual, advierte que en la identificación de las alternativas se debe valorar la urgencia en la toma de decisión, la necesidad real de intervención en el área de que se trate, distinguiendo entre alternativas a corto y mediano plazo.

- Selección de criterios

Para explicar la manera de seleccionar los criterios, resulta imprescindible aclarar que en la defensa de las políticas públicas existen dos tipos de argumentos: el analítico y el evaluativo. El criterio analítico es totalmente imparcial y técnico, mientras que el segundo está relacionado con los juicios de valor. A este segundo tipo de argumentos, pertenece la selección de criterios, por tal razón es uno de los pasos más complicados del proceso de la política. Bardach (2013), propone criterios evaluativos comúnmente utilizados, como son: a) el costo eficacia y el costo beneficio; b) la equidad, igualdad y justicia; c) enfoque de ponderación; d) criterios prácticos como la legalidad, aceptabilidad, solidez y perfectibilidad.

En este sentido, el costo eficacia propone utilizar menos costos para emplear en mayores resultados, mientras que el costo beneficio establece a los costos y a los beneficios como variables proporcionadas. Otro criterio evaluativo muy utilizado es la equidad, igualdad y la justicia, donde no solo se analizan los costos y los beneficios, sino se trata también de reducir las brechas de injusticia e inequidad en la sociedad. Por ejemplo, la tasa solidaria, en la provincia del Azuay la pagan todas las personas que tienen vehículo, el lugar donde más vehículos hay son los poblados urbanos, quienes cubren en su mayoría esta tasa. Sin embargo, los beneficiados son las comunidades de las parroquias, pues este dinero va directamente a las parroquias para las vías comunitarias, vías que no son utilizadas por la población urbana. Esta tasa no valora el costo beneficio, sino la equidad, igualdad y justicia.

Siguiendo este criterio, Cardozo (2013) explica que el análisis costo-eficacia toma como base la necesidad de optimizar los recursos, por lo cual, insta a la comparación entre varias alternativas, a fin de elegir la de menor costo, por cada logro a alcanzar. Advierte que la eficacia resulta muy complicada de cuantificar directamente, razón por la cual es menester representarla en indicadores indirectos, cuya designación se hará depender de la mayor relación con los fines que se pretenden. Señala que la dificultad que se enfrenta en el uso de esta técnica es que no es posible aplicarla para comprar múltiples objetivos, siendo aplicable cuando se persigue solo uno.

Otro criterio evaluativo esgrimido por Bardach (2013), es el enfoque de ponderación para los argumentos evaluativos de las alternativas de la política. El primer enfoque de ponderación es dejar que el proceso político o gubernamental se haga cargo del análisis de ponderación, donde se analizarán, en mayor medida los

intereses políticos o la presión de los grupos organizados y en base a esto se realizará la selección del criterio. El segundo enfoque de ponderación es dejar que el analista de la política realice la ponderación, donde la persona conocida en la materia y desde una perspectiva mucho más imparcial elegirá el criterio del valor a utilizar en la política.

Por último, Bardach (2013), establece criterios prácticos de evaluación de las alternativas como son: a) la legalidad, criterio encaminado a verificar que la alternativa esté acorde al marco constitucional y legal para poder ejecutarse; b) la aceptabilidad política, una política viable debe ser aceptada por la sociedad o por lo menos no rechazada; c) solidez: el proceso de implementación de las políticas es complicado, por lo tanto la política debe ser lo suficientemente sólida como para dar resultados satisfactorios; d) perfectibilidad, muchas políticas en discursos resultan excelentes, sin embargo en la práctica muchas veces fallan. Ello se debe a que la política debe tener casi perfección en su diseño, para de esta manera no tener problemas en su implementación, para lo cual es importante que los diseñadores de la política tengan mucha experiencia.

- **Proyección de Resultados**

En este subpaso del proceso, es necesario proyectar absolutamente todas las posibilidades, es un momento extremadamente complicado, por tres razones: la primera, porque la política trata sobre el futuro y no sobre el presente, ni el pasado, por lo tanto, es muy difícil estar seguros de lo que sucederá con la implementación de la política a futuro. En segundo lugar, es complicada, pues la proyección es otra forma de ser realista con la política y a las personas muchas veces el realismo les incomoda, por lo tanto, las personas prefieren ser optimistas que realistas, así que el trabajo de hacer la política tiene una carga moral demasiado grande.

Por último, hay que identificar ciertos parámetros cuyos valores indican la posibilidad que tiene la política de fallar o causar problemas, lo cual es un trabajo complicado. Una de las estrategias que se emplean para evitar estas complicaciones es analizar los resultados de otras políticas que sean parecidas a la que se desea implementar. De esta manera se podrán analizar distintos escenarios, de distintas políticas y, con ellas, distintas fallas. Mientras más escenarios resultados (Bardach, 2013).

En relación con este aspecto el Manual (SENPLADES, 2009) sugiere como herramienta la prospección, mediante la cual se analizarán posibles escenarios futuros,

desde una se analicen, perspectiva de género y una visión intercultural e intergeneracional. Se indica que esas proyecciones deben hacerse a mediano y largo plazo, con perspectiva social, en pro de ampliar las capacidades de avances en todo campo social, de productos, procesos, tecnologías, entre otros.

- **Confrontación de Costos y Beneficios**

En este sub paso se analiza principalmente el costo que va a tener la política y el numero poblacional que se beneficiará de aquella. En cuanto a los costos muchas veces es difícil cuantificar de forma numeraria un bien jurídico que se pretenda proteger mediante la política. Por ejemplo, hacer escuelas en las partes periféricas de las ciudades cuesta alrededor de tres millones de dólares por cada escuela, y se calcula un promedio de 50 estudiantes por escuela.

Es decir, al Estado le costará cubrir el derecho a la educación de los niños de la zona periférica 60 mil dólares por niño en un principio. La persona encargada de decidir sobre la política tendrá que realizar una forma de ponderación llamada por Bardach (2013) el análisis del mínimo aceptable, mediante la cual, aunque suene moralmente malo se decida si en verdad en este ejemplo (y en múltiples políticas más), el derecho a la educación de cada niño cuesta 60 mil dólares. De tal modo este tipo de ponderación resulta muy problemática y para algunos, incluso, moralmente repudiable, pero por desgracia, en cierto sentido es inevitable.

De modo similar, Cardozo (2013), afirma que, la técnica de análisis del costo-beneficio y la de costo-eficacia se sustentan en la máxima racionalidad. Se desarrolla un proceso de homogeneizar, en una misma unidad de medida que, generalmente, es el dinero, los costos y los beneficios de todo tipo: financieros, económicos, sociales. Se analizan los flujos que se despliegan bajo diferentes circunstancias y se selecciona la menos onerosa.

Toma de decisiones: este paso termina con la resolución de cuál será la agenda de Estado referente a la solución del determinado problema público. No obstante, este paso no es tan fácil como establecer la agenda de Estado y ahí culmina el proceso. Tiene a su vez un subproceso conformado por tres cuestiones que Bardach (2013) las describe de la siguiente manera:

- **Decida:** aquí se realiza un análisis de todos los pasos anteriores, para determinar si todos se encuentran bien realizados y se toma la decisión de qué alternativa tomar en referencia al problema.

- **Cuenta su historia:** a pesar de que la decisión ha sido tomada, en la política pública existen grupos de presión social y muchas veces se generan conflictos. Por tal razón se tiene que notificar a la comunidad y a los grupos de presión la alternativa que va a resolver el problema en cuestión. La persona que cuente la historia debe estar muy bien preparada sobre absolutamente todas las variables que intervengan en el diseño de la política, los beneficios, los involucrados, los objetivos y toda información al respecto.

Respecto a este tema Guardamagna y Reyes (2019) resaltan la importancia de que la información que se trasmite sea sencilla, asequible a todos y de la manera más diáfana posible. Afirmando que su comprensión no solo depende del contenido, también de la manera en la que se haga llegar. Siendo importante que se tenga en cuenta, incluso, la percepción que tengan los receptores de los expertos y las personas encargadas de la comunicación

Decisión en estricto sentido: este sub paso no es propuesto por Bardach, sin embargo, después de haber familiarizado la propuesta de política pública y obtener un apoyo social necesario ya se puede establecer una agenda de Estado para resolver el problema público destinando recursos y estableciendo fechas de cumplimiento.

Implementación de la política Pública: Este es el paso más importante, puesto que se toman acciones prácticas que afectan, de forma positiva o negativa la vida de las personas involucradas en la política pública (Aguilar L. , 2013) El presente estudio se desarrolla respecto a la fase de implementación, pues en esta parte del proceso es cuando los ciudadanos, grupos o colectivos, además de diversos factores sociales o políticos pueden influenciar en la política modificándola, obstaculizándola o incluso, obstruyendo el desarrollo de la misma.

Un primer aspecto para analizar es la definición del término implementación, que no es tan simple como parece ser. No significa solamente ejecutar las acciones, es mucho más complejo, debido su amplio rango de aplicación. La implementación de una política pública muchas veces puede necesitar la aprobación de una ley, manifestada por la voluntad del legislador (Cardozo M. , 2012). Por ejemplo, el ejecutivo quiere generar un impuesto a los bancos para crear un bono para los pobres, existe la intención del ejecutivo, pero solo el legislador tiene la potestad de crear impuestos. Por lo tanto, además de la intención, es necesaria la aprobación del legislativo.

Otras veces la política puede necesitar reglamentos o resoluciones administrativas para programar su desarrollo y ejecución o muchas veces necesita de leyes, reglamentos y resoluciones administrativas. Por último, la política puede implementarse por una sentencia o fallo de un juez. Todos estos aspectos forman parte de la etapa de implementación, como se verá a continuación.

Resulta muy importante determinar el enfoque con el que se pretende implementar la política pública. La doctrina reconoce dos enfoques: el enfoque top-down (de arriba hacia abajo) y el enfoque bottom-up (de abajo hacia arriba). El enfoque top down, también tiene como base un estatuto, que es la decisión manifestada de forma legal o reglamentaria, donde se encuentran todos los aspectos sobre el diseño y planificación de la política. A partir de este estatuto, para que la implementación vaya por buen camino se analiza lo siguiente: primero el comportamiento de los burócratas y de los grupos objetivos de la decisión política; segundo, el logro de los objetivos a través del tiempo; tercero: los factores principales que afectan el impacto de la política y sus resultados y, por último, la reformulación de la política (Vaquero, 2007).

Como puede observarse, este enfoque va de arriba hacia abajo, pues todo deriva de un estatuto que, para efectos de esta denominación sería lo “top” y, posteriormente va bajando en los aspectos antes señalado: “down”. A este enfoque se le critica el hecho de sufrir limitaciones derivadas del control jerárquico que implica la participación de los burócratas hacia la decisión y la escasa posibilidad que el estatuto de cual se deriva, declare de manera clara y consistente los objetivos de la implementación. De igual manera, se le señala la incapacidad para aportar mecanismos adecuados para valorar los cambios de políticas o los impactos de las acciones y estrategias de otros actores sociales (Parson, 2007).

El enfoque bottom-up, comienza desde abajo hacia arriba, pues se enfoca principalmente en el fortalecimiento de la comprensión de la organización, como elemento esencial de la implementación. Dedicar su análisis a la relación de los burócratas de bajo nivel con los ciudadanos que reciben la política, pues son estos quienes están en contacto directo con la ejecución de la política y cuentan con la mayor probabilidad influir sobre ella. Se va determinando, en cada nivel, la capacidad para afectar el comportamiento de la política y los recursos necesarios para cumplir sus objetivos (Vaquero, 2007).

En este sentido Elmore (1978) afirma que el button-up es un análisis hacia atrás, permitiendo superar las debilidades o inconsistencias del top-down. Que presupone, de alguna manera, que los responsables de la política cuentan con la posibilidad de controlar los procesos e interacciones con las organizaciones sociales y políticos. Se entiende que este enfoque pretende que exista un proceso permanente de negociación entre los actores sociales y los políticos con el objetivo de lograr la ejecución de la política.

Evaluación de la Política Pública: la evaluación no es más que una investigación técnica. Se crea un equipo interdisciplinario para realizar una investigación dirigida a conocer, explicar y valorar, mediante la aplicación de un método sistemático, el nivel de logros alcanzados por la política. La evaluación en el ciclo de las políticas públicas se realiza por dos objetivos: el primero para aprender de la experiencia, el segundo para rendir cuentas por parte de los órganos públicos (Aguilar L. , 2013)

En consecuencia, evaluar y observar las consecuencias positivas y negativas de la política, sirve como insumo valioso para el diseño y formulación de otras políticas públicas parecidas. La rendición de cuentas por parte de los órganos públicos que implementaron la política constituye principio ineludible de democracia y fundamento de todo Estado de Derecho. La Constitución ecuatoriana (2008), en el artículo 297 establece la obligatoriedad de incorporar a todo programa sufragado con recursos públicos, un plazo para ser evaluado.

En atención a los argumentos hasta aquí expuestos, es posible aseverar que la evaluación, además de ser un paso obligatorio que cumplir, tiene un plazo determinado, constituye una obligación de toda autoridad pública, lo que determina que en el Ecuador exista una institucionalización de la evaluación en las políticas públicas.

1.2.2.2 Proceso de acuerdo con la legislación ecuatoriana

Además de las disposiciones relativas al Plan Nacional de Desarrollo mencionado en líneas anteriores, la legislación ecuatoriana reconoce y aplica el proceso que se ha descrito para la elaboración, implementación y evaluación de las políticas públicas, incorporando un paso más, en su control. Es así que la Constitución (2008) dispone en el artículo 85 que los principios y fundamentos para la creación, implementación, y valoración de las políticas y servicios públicos.

Este artículo, en su párrafo final, reconoce el ciclo de las políticas públicas anteriormente expuesto, lo cual es corroborado por el 4 del Reglamento al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (2010), que dispone el ciclo de las políticas públicas reconocido como elaboración, coordinación, implementación, seguimiento y valoración. Resulta importante constatar que la coordinación es parte de la formulación y el seguimiento es parte de la implementación de acuerdo con el ciclo de las políticas públicas establecido por la doctrina. Se considera que, en sentido general, la legislación ecuatoriana reconoce el proceso descrito en la doctrina.

Es así que el control de las políticas públicas, constituye un paso muy importante para la presente investigación, debido a que representa parte de su objeto. El control de las políticas públicas puede ser realizado, en el Estado del Ecuador, por dos funciones: la función Judicial, misma que es materia de este trabajo y la función de Transparencia y Control Social, a través de la Contraloría General del Estado, misma que tiene como función principal, otorgada por la Constitución (2008) controlar el uso de los recursos del Estado y el cumplimiento de los objetivos de las instituciones estatales (artículo 221).

Por esas razones, las políticas públicas son realizadas con recursos del Estado y, por tanto, podrán ser controladas por esos órganos. El cumplimiento de ese control puede realizarse, en el caso de la Contraloría General del Estado mediante auditorías internas y externas, que permiten determinar responsabilidad civil y administrativa culposa, además de establecer indicios de responsabilidad penal sobre todo órgano que utilice fondos públicos. En el caso, de la función judicial, mediante la acción de protección, establecida en el artículo 88 de la Carta Magna ecuatoriana (2008).

1.3 La acción de protección

Corresponde examinar la acción de protección, como mecanismo judicial de control de legalidad de las políticas pública. Como necesaria introducción, resulta procedente plantear que las garantías jurisdiccionales para Arciniega (2011), son instrumentos de carácter reactivo que los individuos pueden utilizar para exigir que se restablezcan los derechos constitucionales que se hayan vulnerado y se cumplan con las políticas trazadas para asegurar el ejercicio pleno de estos. Dichas garantías según Mancero (2016) tienen los siguientes fines: protegen los derechos constitucionales frente a las omisiones de particulares o de los poderes públicos; están encaminados a

la reparación de la violación a los derechos fundamentales; evita la inobservancia de los preceptos constitucionales y aseguran el principio de supremacía constitucional y con ello previenen cualquier tipo de vulneración a los derechos constitucionales.

En Ecuador la Constitución de la República (2008) prevé tres tipos de garantías: las garantías normativas, mismas que establecen que todo el conjunto de órganos del estado con potestad regulatoria, principalmente la Asamblea deben adecuar sus leyes a los derechos constitucionales (artículo 84) ; las garantías políticas, en las cuales todos los órganos del Estado que manejan recursos públicos tienen el deber de desarrollar y promover el ejercicio de los derechos constitucionales y por último las garantías jurisdiccionales (artículo 86), que establecen la intervención judicial cuando las políticas o normas no cumplan sus objetivos o vulneren derechos constitucionales. La garantía jurisdiccional prevista para la protección de los derechos constitucionales, frente a políticas públicas es la acción de protección.

1.3.1 Naturaleza y definición

Respecto a la naturaleza de la acción de protección, resulta necesario ponderar su diferencia con la acción de amparo de la Constitución de 1998 (1998). Esta acción de amparo, tenía una naturaleza cautelar, pues podía ser interpuesta para prevenir, cesar y restaurar la vulneración de un derecho. La acción de protección de la Constitución del 2008 tiene una naturaleza de conocimiento y, por excepción, cautelar y con efectos ampliamente reparatorios, al ser accionada cuando exista la violación de un derecho constitucional, tal como lo establece el artículo 88 de la Carta Magna (2008).

En este sentido, la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional (2009), en lo adelante, Ley de Garantías, otorga la potestad al juez para declarar, en virtud de la acción de protección interpuesta, la violación de los derechos, con la identificación clara de las disposiciones constitucionales infringidas. Así también determinará la reparación integral a la víctima, cuando proceda y la manera en la que se hará efectiva (artículo 17). La acción de protección puede ser presentada de manera conjunta, con una solicitud de media cautelar, autorizada por el artículo 87 de la Constitución (2008), que pueden estar encaminadas a interrumpir o evitar la vulneración de derechos constitucionales.

Antes de aportar la definición de la acción de protección, resulta necesario exponer algunos aspectos que diferencian esta acción de cualquier otra. En primer lugar, el papel del juez en la argumentación jurídica de la acción es totalmente diferente a un proceso ordinario. En este tipo de proceso, el juez fundamenta sus decisiones en normas hipotéticas o tipo regla, donde se aplica una premisa mayor, una menor y una conclusión. Es decir, la premisa mayor, una norma que posee una hipótesis y una obligación como consecuencia; la premisa media que es el hecho fáctico, entonces la premisa media se subsume en la hipótesis normativa de la premisa mayor y la conclusión corresponde a la decisión adecuada en el razonamiento judicial (Ávila, 2011).

Sin embargo, las normas que se aplican en la acción de protección son de tipo téticas, como son los principios y los derechos donde no existe una hipótesis y una consecuencia en su estructura. Por tal razón el juez para aplicarlas debe hacerlo a partir de principios o de declaraciones de derechos que no contienen hipótesis de hecho y consecuencias. El juez debe, previo a generar una conclusión, crear en su mente una regla o norma hipotética sobre ese principio o derecho que sea materia de la acción de protección.

En cuanto a la reparación, en virtud de la acción de protección, la Constitución (2008) dispone una reparación integral. Es decir, no solo se reparará a la víctima el daño emergente y el lucro cesante sino, se ordena el restituito *in integrum*, que compone la garantía de no repetición, la satisfacción, la rehabilitación, la indemnización, además que la acción termina cuando el derecho esté reparado o estén dadas todas las condiciones para su reparación. Para garantizar el cumplimiento de la sentencia el juez puede ordenar un delegado de la administración de la Defensoría del Pueblo, por ejemplo, a dar seguimiento e informar, sobre el cumplimiento de la sentencia, tal como lo establece el artículo 21 de la Ley de Garantías (2009).

Puede afirmarse que la Constitución del Ecuador (2008) otorga gran poder a la función judicial, con el fin de proteger y restaurar los derechos constitucionales y otorgar una reparación integral ante su vulneración. Expuestos esos argumentos, la acción de protección para Cueva (2010) se enfoca en tutelar los derechos consagrados en el texto constitucional y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Dicha acción para Landa (2016) es general y además tiene un carácter omnicompreensivo, ya que es una vía para asegurar todos los derechos. Además, opera

como un instrumento esencial para garantizar los derechos tanto, de las personas como de los colectivos y

de la naturaleza como sujeto, tutela de forma eficaz e inmediata los mismos.

Por lo expuesto, se puede definir a la acción de protección como la garantía constitucional que actúa como mecanismo de protección y amparo cuando los derechos constitucionales resultan vulnerados por la acción u omisión de un particular o un funcionario y no se prevea otro mecanismo específico para proteger el derecho violentado. La acción de protección es subsidiaria y se termina cuando la víctima obtiene una reparación integral.

1.3.2 Objeto de la acción de protección

Para identificar el objeto de la acción de protección, resulta necesario remitirse al artículo 88 de la Constitución (2008) y el 39 de la Ley de Garantías (2009) es la protección inmediata de todos los derechos constitucionales. Las normas jurídicas reconocen igual jerarquía todos los derechos constitucionales haciendo que todos sean justiciables. Igualmente, la Carta Magna otorga protección directa e inmediata a todos los derechos y garantías reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, estando obligados los servidores públicos a así reconocerlos (artículo 11.3)

Esto quiere decir que los derechos pueden ser alegados directamente por cualquier ciudadano, siendo obligación de todo servidor público protegerlos de manera. No obstante, la acción de protección actúa de forma subsidiaria, es decir cuando exista otra vía judicial que ofrezca protección efectiva al derecho violentado, procederá ésta con preferencia a la acción de protección. Se entiende que el objetivo es evitar el abuso de la acción de protección, pues no resultaría correcto, por ejemplo, proteger derechos patrimoniales que nacen de un contrato, cuando estos bienes tienen protección y regulación jurídica en otras vías procesales.

1.3.3 Requisitos, procedencia e improcedencia de la acción

Se considera muy importante definir los requisitos de procedencia de la acción de protección. Establece el artículo 40 de la Ley de Garantías (2009) tres requisitos para presentar la acción. Ellos son: que exista la violación de un derecho constitucional; que exista un acto u omisión de una autoridad pública o de un particular

que viole o haya violado los derechos, menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio y que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho.

En consecuencia, la norma obliga a justificar, en primer lugar, la existencia de una vulneración de derechos, es decir la presencia de una víctima de violación de sus derechos constitucionales. Ello conduce a la legitimación activa de la acción de protección, respecto a la cual existe una pequeña contradicción entre el texto constitucional y la Ley de Garantías. Declara el artículo 86.1 de la Carta Magna (2008) que cualquier persona o grupo de ellos, puede interponer las acciones de garantías constitucionales previstas, por lo que se entiende que las referidas acciones corresponden a las *actio popularis*. Sin embargo, el artículo 9 de la Ley de Garantías (2009) establece que sólo las víctimas, sus representantes, apoderados o el defensor del pueblo, podrán interponer las referidas acciones. Se concluye que las acciones para hacer efectivas las garantías constitucionales no son *actio popularis*.

En cuanto al acto que provoca la interposición de la acción, es claro que se trata de una acción u omisión que vulneró un derecho constitucional. La determinación de la persona que lo cometió configura la legitimación pasiva de la acción, dispuesta en el artículo 41 la Ley de Garantías (2009), que puede ser cualquier autoridad pública no judicial y, en caso del sector privado cuando estos presten servicios públicos o cuando la víctima se encuentre (con respecto a la persona natural o jurídica privada) en estado de discriminación, subordinación o indefensión

Siendo la Constitución (2008) vigente más garantista en cuanto a la legitimación pasiva que la Constitución de 1998 (Asamblea Nacional Constituyente), pues en la acción de amparo prevista por esta última, solo se procedía contra autoridad pública y contra las personas privadas ya sea naturales o jurídicas cuando estas prestaren servicios públicos y su conducta afectare grave y directamente a un interés comunitario. No protegía, por tanto, los supuestos en los que el particular se encuentre en estado de indefensión, discriminación o subordinación.

Respecto a la procedencia de la acción, en virtud de una política pública que conlleve la privación o el goce de los derechos y las garantías, se está ante la facultad del poder judicial, que cuenta con diferentes formas de control sobre las políticas públicas. Una de ellas es la acción de protección ejercida por personas o grupos

afectados por la política pública, pudiendo el juez modificar, extinguir o incluso generar nuevas políticas públicas en razón de la protección de los derechos.

Capítulo II.- RELACIÓN ENTRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

En este Capítulo se examina la relación entre las políticas públicas y la acción de protección prevista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello se toma como punto de partida los presupuestos generales de la intervención judicial en las políticas públicas, siendo las más trascendentales la globalización de los derechos, la influencia de las normas técnicas y de los instrumentos jurídicos internacionales, así como la excesiva duración de los procedimientos y las crisis de gobernanza.

Posteriormente se realiza una sucinta explicación del surgimiento y evolución de la independencia judicial, como fundamento imprescindible de su intervención en las políticas públicas y se relacionan las diferentes formas en que esta mediación se puede materializar. Entre ellas se explican los supuestos en que el juez interviene para juridificar, valorar y generar la política pública, así como para declarar la falta de acción de otros poderes estatales.

Más adelante, se desarrollan los argumentos en pro de demostrar la posibilidad de utilizar la justicia constitucional como mecanismo de exigibilidad de derechos en las políticas públicas, para lo cual se exponen los supuestos en los que procedería la acción de protección, en dependencia de la fase del proceso de formación y desarrollo en que se encuentre la política pública. Se estudia el desempeño del juez constitucional como actor de las referidas políticas.

En la parte final del Capítulo se exponen la fundamentación constitucional que permiten al juez ecuatoriano participar como actor de las políticas públicas, relacionando las acciones constitucionales y las atribuciones que la Constitución otorga a los jueces constitucionales y, en especial a la Corte Constitucional, resaltando la importancia de la reparación integral en la acción de protección y los límites de la intervención de los jueces en una política pública.

2.1 Intervención del poder judicial en las políticas públicas.

Como se expresó en la sección anterior, las políticas públicas generan conflictos entre diferentes actores. Pueden darse por los costes y beneficios o por otras razones.

En consecuencia, en la política pública existen ganadores y perdedores y es a la autoridad que toma la decisión sobre la implementación de la política la que debe decidir a qué actor favorecer y a quién perjudicar. Por ejemplo: en la ciudad de Cuenca en la Avenida Remigio Crespo, los dueños de los locales destinados a bares, restaurantes, discotecas, piden más permisos para estos comercios, hasta hacer que esta calle se vuelva un punto de bares, restaurantes y discotecas.

El efecto de esos pedidos es que los ciudadanos que residen en esa Avenida, se oponen al otorgamiento de tales permisos, puesto que el ruido, el consumo de alcohol, el tráfico de gran número de personas y la posible delincuencia que ello implica, atenta contra la tranquilidad de sus vidas. Resulta evidente que ambos actores tienen razones legítimas en sus reclamos: los unos en base al crecimiento económico de la zona, mayores fuentes de empleo, sustento familiar y los otros por su tranquilidad y seguridad. Las autoridades tienen la responsabilidad de tomar una decisión y podrán hacerlo, mediante la adopción de una política pública al respecto. Cualquiera que esta sea, es susceptible de análisis y valoración por los órganos jurisdiccionales, quienes pueden modificar la referida política, en atención a las potestades que la Constitución les otorga.

2.1.1 Razones de intervención de los jueces en las políticas públicas

Para comenzar el análisis de la intervención de los jueces en las políticas públicas, resulta procedente señalar que la referida intervención ha ido adquiriendo cada vez mayor legitimidad democrática, no sólo por las facultades que la Constitución le asigna al órgano jurisdiccional, también por la pasividad o falta de aplicación de los derechos por parte de otros órganos estatales, ante lo cual, el juez constitucional no tiene otra opción que intervenir. A continuación, se analizan las razones fundamentales por las que el juez puede y debe hacer uso de tal atribución:

- La globalización de los derechos.

A propósito de la globalización de los derechos es posible observar que en la actualidad el ciudadano común tiene un mayor conocimiento sobre los propios derechos, dado por la masiva comunicación e información sobre los mismos, a través de los medios de comunicación. Esto ha traído por consecuencia que las personas se

vayan apropiando de sus derechos, con lo cual se crea una mayor conciencia individual y colectiva sobre su exigibilidad.

En este sentido Berizonce (2015) explica que, la globalización de los derechos ha permitido al ciudadano común encauzar la defensa de sus habituales derechos subjetivos, así como las nuevas prerrogativas adquiridas, en el ámbito de los derechos colectivos. En ese contexto se amplían las posibilidades de los ciudadanos de participar en la aplicación de la justicia en general. Estas nuevas prerrogativas crean espacios de debate público sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, así como alternativas de solución para ellas.

- La influencia jurídica de las normas téticas.

En primer lugar, resulta necesario destacar que existencia de normas jurídicas abstractas, abiertas, flexibles y de conceptos indeterminados, como lo son las normas téticas que se encuentran habitualmente en la parte dogmática de las Constituciones, han hecho que los jueces tengan un rol mucho más destacado dentro de las políticas públicas. En el capítulo anterior se mencionaron las normas téticas o normas tipo principio, por las cuales el juez no es repetidor de la ley únicamente, sino se convierte en cerebro de la Constitución. Berizonce (2015) afirma que los jueces se ven compelidos a dirimir demandas de justicia amplificada, con esencias complejas y perentorias, relacionadas con la protección de los derechos y garantías.

- La influencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el contexto de la globalización del sistema de derecho, la actuación de los organismos internacionales de Derechos Humanos ha resultado fundamental para el incremento de la intervención judicial en las políticas públicas. La inobservancia de los instrumentos jurídicos internacionales en una política pública, es una de las causas por las que la jurisdicción debe intervenir. Pisarello (2007) advierte que muchas veces las políticas públicas concebidas para momentos de crisis olvidan las garantías de los derechos, por lo que, en lugar de proteger la igualdad y los más vulnerables, tienden a la discrecionalidad y las concesiones.

En ese mismo nivel de razonamiento, Quinche- Ramírez y Rivera-Rugeles (2010) exponen que en otras ocasiones la violación de los derechos humanos obedece a incompetencia, desconocimiento e incluso, extremismos de las personas destinadas a

elaborarlas. Para hacer frente a esta situación resultan imprescindibles las constituciones catalogadas como justiciables, que son aquellas que prevén mecanismos de control constitucional y otorgan a los jueces la competencia de exigir el cumplimiento de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos jurídicos internacionales.

Es el caso de la República del Ecuador, en que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución (2008), tal como lo establece su artículo 424. Ese artículo dispone que las normas internacionales de derechos humanos pueden ser directamente alegadas por los ciudadanos, razón por la que los referidos instrumentos se convierten en un instrumento de control por parte de los jueces sobre las políticas públicas. El bloque de constitucionalidad, compuesto por todos los convenios, tratados y acuerdos internacionales adoptados por el país, resulta de obligatoria aplicación al momento de impartir justicia en el Ecuador, tal como dictaminó la Corte Constitucional en el caso Nro.001-2004-DI, publicado en el Boletín Oficial No. 374, de fecha 9 de junio (2004).

- Excesiva duración de otros procedimientos.

Otra razón por la que los jueces pueden intervenir en una política pública es la enorme duración de los procesos en conflictos de origen ordinario. Muchos abogados se aprovechan de la efectiva y ágil solución de los procesos constitucionales, para tratar de solucionar por esta vía, conflictos que corresponden a la justicia ordinaria. Es por ello que, cuando un juez resuelve este tipo de conflictos, a pesar de que podía y debía declarar improcedente la acción constitucional, interviene también en las políticas públicas.

- Crisis de gobernanza.

Un elemento importante en el tema en análisis es la falta de credibilidad de las instituciones de representación democrática es una de las principales causas por las cuales los jueces han ido ganando más espacio en la intervención en las políticas públicas, a más de involucrar a varias instituciones en demandas a causa de responsabilidad en fallas sistemáticas con relación a las políticas públicas. Dussán (2015) explica al respecto que los gobiernos débiles, ineficientes y carentes de

creatividad para la solución de problemas sociales ha suscitado el establecimiento de los medios de control judicial y las acciones procesales para invocarlos.

- Pasividad de los órganos públicos.

En relación con la pasividad de los órganos públicos en su actuación, resulta procedente exponer que, se presentan casos donde los sistemas políticos de la democracia contemporánea entran en situaciones de estancamiento estructural. Este mal funcionamiento de las instituciones públicas impide el correcto ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Las necesidades de los seres humanos como la salud, la educación, la vivienda, requieren de acciones rápidas y efectivas, sin que sea posible permitir inacción alguna.

En esa línea, la indolencia de los órganos públicos acerca de las necesidades de la población, guardan estrecho vínculo con las profundas deficiencias de políticas públicas. Las Cortes son consideradas por los ciudadanos la instancia adecuada para eliminar barreras en el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos, en tanto a través de sus fallos critican la agenda pública y, en ocasiones, inciden en ella, modificándola a favor de las necesidades ciudadanas. Ello hace que la población reconozca la intervención judicial como un mecanismo más eficaz, que los sistemas de participación política establecidos constitucionalmente (Dussán, 2015).

- Rotura del estancamiento burocrático.

A propósito de la razón anteriormente expuesta, se produce la ruptura del estatismo de la burocracia, que no tiene otro remedio que actuar y Esto impide la prestación adecuada de atención básica a la población desplazada, junto con la cuestionable legitimidad democrática y la utilidad en la práctica de sentencias cuyas órdenes son sumamente detalladas reduciendo el margen de maniobra a los hacedores de políticas públicas y que usualmente no suelen acompañarse de mecanismos de seguimiento del cumplimiento del fallo.

En relación con este aspecto Sagüés (2010) considera la intervención del juez como un cambio en la utilidad del Constitución. Afirma que se observa el tránsito, desde un documento, que sólo contiene promesas, principios, declaraciones, derechos de realización futura, con gran protagonismo de políticos para alcanzarlo; hacia una Constitución ejecutiva, reclamable y susceptible de exigir el cumplimiento de sus postulados ante los órganos jurisdiccionales establecidos en su propio texto.

- Mayor participación de la sociedad en las políticas públicas.

Respecto a la intervención cada vez mayor de los ciudadanos en la aprobación e implementación de políticas públicas, es necesario señalar que esto se hace a partir de la búsqueda de órdenes y procedimientos que permitan abrir nuevos espacios participativos y deliberativos. Asimismo, la implementación de las soluciones a los fallos estructurales que permiten involucrar a todos los afectados, van creando una participación comprometida de los ciudadanos en las políticas públicas.

La situación antes descrita, trae por consecuencia que los ciudadanos se sientan parte y conozcan el sentido y alcance de las políticas, invocando, por tanto, la intervención del aparato judicial, cuando consideren que la política se aleja de los objetivos y metas trazadas, violentando los derechos y garantías. Dussan (2015) reconoce la participación cada vez más activa de los particulares en el accionar de los mecanismos legales para el análisis del contenido de las políticas públicas.

2.1.2 Formas de intervención de los jueces en las políticas públicas

Para comenzar el análisis de las diferentes formas en que el juez puede intervenir en la política pública, resulta importante destacar que el activismo del juez se manifiesta únicamente en la manera en la que lleva el trámite, el proceso. En la práctica puede entenderse que su actuación es tanto activista como garantista. Sin lugar a dudas, ese proceder del juez requiere el respeto irrestricto al derecho al debido proceso.

En este sentido resulta ineludible la obediencia a los principios y métodos de un Estado constitucional y democrático de derecho y una atención prioritaria a las demandas sociales que se presenten al conocimiento del juez. Indica Sagüés (2010) que los jueces deben desarrollar una actuación más protagónica durante los procesos judiciales en los que el litigio verse sobre el respeto, garantía y protección de los derechos humanos y principios fundamentales.

Es así que el poder judicial puede adoptar decisiones cada vez más justas, gracias a un largo proceso evolutivo, a través del cual se ha logrado la independencia judicial, base sobre la cual el juez puede precautelar la vigencia de los derechos en las políticas públicas de forma imparcial y soberana. El origen del principio de independencia judicial ha venido evolucionando, en la misma medida que lo ha hecho el Estado. Cuando el Estado de derecho liberal evolucionó hacia el Estado social de derecho, la independencia de los jueces adoptó otro contenido; de igual manera, con la

configuración de los Estados constitucionales de derecho, el papel de los jueces, así como el de su independencia, se robustecen.

Con base en este corto recorrido, a continuación, se revisará la trayectoria de este principio en estos tres períodos históricos. Por supuesto, este análisis se realiza con la finalidad de detallar propósitos analíticos pues la evolución de la independencia tiene variaciones de país a país y, principalmente, su desarrollo es mayor en los países centrales más desarrollados. De igual forma este análisis permitirá la comprensión de las características de los sistemas y formas de intervención de los sistemas judiciales en la historia constitucional.

Se debe comenzar el análisis exponiendo la definición de independencia judicial que, en criterio de Simón (1985) es la ausencia de relaciones de dependencia entre el ente judicial y otros poderes del Estado, incluyendo el propio poder judicial. La independencia del juez se configura ante la inexistencia de presión alguna para la toma de decisiones bien sea de individuos, organizaciones o grupos con influencia política o no.

En ese marco, el principio de independencia judicial tiene su origen a finales del siglo XVIII, cuando nace el Estado de derecho liberal que llega a prolongarse hasta la Primera Guerra Mundial. En ese tipo de Estado el papel del monarca, caracterizado siempre por su actuar de manera arbitraria e interesada, comienza a ser limitado por la ley. La teoría liberal, que pretendía la separación de los poderes, se sostuvo en la necesidad de diferenciar las funciones estatales, otorgando en este caso mayor importancia al legislativo, por ser considerado el representante de la soberanía popular y en reconocer a los jueces la competencia de aplicar las leyes creadas por el parlamento (Chaires, 2004).

Inicialmente la teoría que conllevaba la separación de los poderes se preocupó por realizar tal separación de dos poderes, el ejecutivo y el legislativo mientras que a la administración de justicia no se la diferenciaba de este último. Luego, durante el avance del siglo XVIII, el filósofo Montesquieu perfeccionó esta teoría afirmando que, para que existiesen las libertades individuales, tenían que existir tres poderes, previamente separados y equilibrados entre sí. La función judicial nace así, como un límite al poder absolutista del monarca, constituyendo mecanismo vital en la separación efectiva de los poderes estatales (Grijalva, 2009).

En este sentido Pérez (1999) explica que los fundamentos del liberalismo, referidos al de individualismo, la indiferencia política y de aparente neutralidad del

Estado favorecieron los intereses económicos de la burguesía y a sus en perjuicio de las clases dominadas que, mínimamente o nada accedían a la igualdad y libertad proclamada. Esto revela que, aunque con la división de poderes se reconoció la exclusiva función judicial para administrar justicia, durante el siglo XIX y muy avanzado el XX, los jueces no contaban con la atribución efectiva, real, de controlar el poder estatal ni de dar solución a las injusticias sociales.

En este contexto la función judicial, era limitada y se presentaba como neutral ante la política, alegando el principio de legalidad, razón por la que el juez era únicamente boca de la ley y solo podía actuar bajo ese marco. La independencia del juez fue interpretada como la posibilidad de valorar el caso, al momento de aplicar las normas, o como neutralidad ideológica, ya que, para evitar el silencio de los jueces, éstos debían someterse al imperio de la ley para su aplicación objetiva a los casos que eran considerados como concretos que se constreñían a la resolución de conflictos privados (Grijalva, 2009).

Siendo así que, en ese momento, la elección de la judicatura puede ser descrita por su arbitrariedad, lo cual se encontraba distante de asegurar un nivel técnico mínimo, dando por resultado la ruina de la cultura jurídica del país, el detrimento del Estado de derecho y la inseguridad jurídica. Estas son las características de la magistratura empírico-primitiva, reconocida como el primer momento en el desarrollo de los sistemas judiciales (Montero, 1990).

En correspondencia con esa situación, explica Boaventura (2013) que la independencia judicial era aceptada por parte de los otros poderes del Estado debido a tres razones fundamentales: a) la absoluta sumisión de los jueces al texto de la Ley y su obediencia, sin límites a la orientación del proceso de decisión como garante de la protección de los derechos de libertad; b) la subordinación de la función judicial al impulso procesal de partes; c) las atribuciones del ejecutivo o el legislativo para decidir la manera en que los jueces eran nombrados, trasladados y removidos; d) el presupuesto asignado dependían de los poderes antes nombrados.

Bajo este contexto el poder judicial era el menos beneficiado de todos, pues la supremacía de la ley representaba un control por parte del legislativo acerca del fin de las sentencias del juez. El poder legislativo, al crear los presupuestos y las consecuencias de la ley estipulaba las sentencias a imponer por parte del poder judicial. El modelo de la remoción o traslado de los jueces, representó un elemento de control e interferencia sobre esta función (Grijalva, 2009). Sin embargo, hay que reconocer

que en el Estado Liberal por lo menos existió un tercer poder encargado de la justicia, que es parte fundamental para la evolución de la independencia judicial.

A medida que fue avanzando el siglo XX, se da inicio el Estado social de derecho, que pretende transformar la economía y la sociedad mediante un aumento de la intervención del Estado en esos ámbitos. En ese momento histórico, grandes masas sociales carecían de los medios de subsistencia para disfrutar de una vida digna y ello se consideraba consecuencia directa de la abstención del Estado, en épocas anteriores. Se promueve un activismo estatal, de manera que los derechos fundamentales no constituyan solo una declaración estatal, también una obligación de protección del Estado y, consecuentemente, de los jueces (Jadán, 2013).

De esta forma puede afirmarse que en el Estado social de derecho el poder judicial logra relevancia, al estar signada arcada por tres características: primera el control judicial de los actos de la administración pública; segunda el control de constitucionalidad de las leyes; y tercera la profundización de los dos desarrollos anteriores. Este desarrollo se evidenció en Ecuador, con el comienzo de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, cuya creación tenía como finalidad controlar que las actuaciones de los poderes públicos no vulnerasen derechos o intereses de los administrados.

Es así como el artículo 215 de la Constitución de 1967 disponía como atribuciones de este Tribunal, entre otras, resolver las demandas que las personas naturales o jurídicas interpusieran contra los reglamentos, acciones y resoluciones de la administración pública o de las entidades semipúblicas y dictaminar sobre su legitimada y aplicabilidad. Igualmente, le correspondía fallar sobre el quebrantamiento de violaciones de la ley reguladora de la Carrera Administrativa (Congreso Nacional 1967).

Se debe resaltar que estos tribunales eran órganos externos a la Función Judicial. En virtud del artículo 214 de la Constitución de 1967, la Corte Suprema de Justicia enviaba ternas al Congreso, cuyos miembros eran los encargados de elegir a los magistrados de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo (Congreso Nacional 1967). Por lo tanto, estos Tribunales sufrían una alta injerencia por parte del Congreso Nacional y no contaban con independencia judicial.

De esta forma, las magistraturas continuaron su desarrollo hacia las llamadas magistratura tecno-burocrática. Estas magistraturas revestían como principal característica que las atribuciones administrativas y de nombramiento de los jueces se

trasladan a las más altas cortes de la Función Judicial. Ello se efectuaba de las siguientes maneras: la primera una garantía débil de selección de jueces, en la que se imponía un escalafón interno para la selección, sin concursos anteriores. Una segunda garantía, que se considera fuerte, por la cual se realizan concursos públicos para elegirlos (Grijalva, 2009).

Se considera oportuno aclarar que el sistema de calificaciones o escalafón, al que se encontraban sometidos los jueces en la carrera judicial hasta ese momento, no obedecía a parámetros objetivos, sino que, lejos de eso, quedaba entregado a la discrecionalidad del evaluador. Esta situación impedía cualquier evaluación objetiva de los magistrados para su elección. Jadán (2013) identifica tres características destacables de esta época:

- El principio de legalidad queda absolutamente fuera de aplicación, en virtud de los constantes cambios legislativos y la sobre regulación de la realidad. Ello anula la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico, por lo que muchas veces los jueces se ven compelidos actuar fuera de la ley o en contra de ella;
- La actividad judicial se extiende, de la solución de conflictos privados, individuales, a la solución de conflictos colectivos, que demandan socialmente su intervención;
- Surgen magistraturas tecno-burocráticas, trasladando a las Cortes Supremas de justicia y Cortes de Apelación, las atribuciones para el nombramiento de los jueces y su control administrativo y disciplinario, aunque se mantenía la dependencia presupuestal de la función judicial que es factor de presión del ejecutivo y el legislativo.

De lo anterior se colige que, si bien todavía existe falencias en el poder judicial, ya existe una gran evolución con respecto a su independencia, pues aumenta la intervención de actores sociales. Estas participaciones son el inicio de los impulsos procesales, por parte de la sociedad ante la vulneración de derechos en las políticas públicas. Las sucesivas explosiones legislativas hacen que el juez tome un rol mucho más importante en sus decisiones y esto origina también la necesidad del uso de normas tipo principio o normas téticas, las que hoy sirven de base para que el juez pueda ser un importante actor en las políticas públicas.

Continuando con el desarrollo de la independencia del juez, resulta necesario constatar que la segunda mitad del siglo XX, se caracterizó por el reclamo de contar

con magistraturas democráticas, donde los jueces tuviesen la posibilidad y el deber de desempeñar un papel, en cierto grado, político para equilibrar las relaciones de poder con las otras funciones estatales. Atendiendo a este reclamo, surgen en las democracias contemporáneas, las Cortes o Tribunales Constitucionales y los Consejos de la magistratura o judicatura, que son dos instituciones características de los Estados constitucionales de derecho (Grijalva, 2009).

De igual forma, en este período los fundamentos del Estado de derecho se transforman: las atribuciones del poder legislativo se supeditan a la Constitución, como Ley de leyes, que expresa la decisión popular, que establece y limita el contenido de esa Ley. El juez se convierte en el máximo protector de los derechos y, eventualmente, en creador cotidiano de ellos, mientras que, por encima de la Ley, se reconocen las garantías y los derechos (Jadán, 2013).

En virtud de lo antes explicado, surge el Estado Constitucional, que implica un cambio en cuanto a la legitimidad de la actuación del juez. El Estado Constitucional se caracteriza por complementar la democracia formal o política con la democracia sustancial, al incorporar al texto constitucional, los derechos sociales junto con los derechos de libertad b) se transforma la concepción tradicional de principio de legalidad, entendida ya no solo como sujeción a la ley, sino como coherencia de la ley respecto a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución; y se critica duramente a la interpretación mecanicista, que implicaba la respuesta única del Derecho (Peña, 1997).

Es por ello que, se puede afirmar que se transformó la concepción la democracia; se evolucionó, de una democracia formal a una democracia sustancial. Se establecen normas que determinan sobre cuáles aspectos los políticos y administrativos pueden decidir y cuáles no son susceptibles de decisión, como son los derechos sociales y de libertad (Boaventura, 2013). Por lo tanto, de acuerdo con esta democracia no todo es susceptible de ser decidido electoralmente, sino todo se puede decidir bajo un marco de derechos y esto da legitimidad al juez para intervenir cuando otros poderes del Estado se sobrepasen en sus decisiones.

En cuanto a la transformación del concepto de legalidad, es necesario destacar que se manifestó en el sentido de que la ley ya no solo es la que condiciona y determina la totalidad de los supuestos. La propia ley se condiciona a un vínculo sustancial, como son los derechos fundamentales. Todo esto, sumado a la crítica de interpretación mecanicista del juez, hacen que el poder Judicial adquiera la legitimidad suficiente

para hacer cumplir, valorar, modificar, extinguir o incluso generar una política pública todo ello protegiendo y respetando, de manera irrestricta los derechos y garantías fundamentales (Peña, 1997).

Ante esta nueva realidad, caracterizada por el aumento de la independencia del poder judicial, comienzan los jueces a intervenir en las políticas públicas. Según Abramovich y Courtis (2002) , bajo estos cuatro supuestos:

2.1.2.1 Cuando el juez interviene para juridificar la política pública

La primera forma o situación tipo a través de la cual el juez puede intervenir en una política pública se manifiesta cuando lo hace para juridificar la referida política. El magistrado, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, hace cumplir una política que ha sido incumplida luego de ser prometida; y esa promesa se convirtió en obligación legal. El juez llega a transformar medidas formuladas por el Estado, dentro de su marco de discrecionalidad, en obligaciones legales y, por tanto, sujeta a sanciones jurídicas (Abramovich & Courtis, 2002).

Siguiendo este enfoque, la exmagistrada de la Corte Constitucional alemana Evelyn Haas (2010) afirma que el órgano jurisdiccional cuenta con la atribución (que podrá ejercer solo cuando es invocado) de controlar si el poder político ha cumplido también las normas constitucionales. El tribunal determina la existencia de una omisión inconstitucional del poder político solo cuando no se ha adoptado ninguna medida material de protección, o las adoptadas han sido insuficientes para alcanzar el objetivo a proteger.

Es posible aseverar que, frente a esta realidad, el juez precautela que las políticas públicas que ya han sido formuladas, decididas e incorporadas a la agenda del poder público, se cumplan de la forma en la que han sido preestablecidas. De no ejecutarse, el juez ordena su implementación y, a partir de los argumentos de dicha decisión, el órgano público que incumplió debe emprender las acciones que sean necesarias para satisfacer sus deberes de protección, conforme al derecho constitucional vulnerado.

Resulta importante aclarar que, cuando los jueces intervienen para juridificar la política pública, lo que están haciendo, de hecho, es imponer su ejecución de acuerdo con lo establecido en Ley. No es su competencia valorarla, no intervenir en la manera de implementación. Tampoco forma parte de las competencias del juez diseñar, planificar ni formular políticas públicas su función es intervenir ante la inacción

respecto a su implementación, forzando a ello, en virtud de constituir una obligación legal su ejecución (Haas, 2010).

Un ejemplo de esta forma de intervención de los jueces en las políticas públicas, puede ser la decisión del gobierno de comprar tres millones de pruebas para el coronavirus, declarando un cronograma para pruebas absolutamente a todos los ciudadanos de Guayaquil, con el objetivo de identificar quiénes son portadores y quiénes no lo son de esta enfermedad y hacer un control mucho más efectivo con los ciudadanos contagiados.

Para lograr el financiamiento de esta decisión se crea un nuevo impuesto, la Asamblea lo aprueba, por lo que tenemos una política pública lista para su implementación. Sin embargo, trascurrido un mes, el gobierno no comienza con la realización de las pruebas, por lo que un grupo de ciudadanos interpone una acción de protección en virtud del derecho a la salud y de la importancia que tiene la ejecución de la política ofrecida. El juez puede ordenar el cumplimiento de la política pública ofrecida, no valora el cronograma de realización de pruebas, el tiempo de compra y entrega, el impuesto que se puso para su ejecución, simplemente se remite a ordenar su implementación.

2.1.2.2 Cuando el juez interviene para valorar la política pública

Corresponde analizar el supuesto en que el juez valora la política pública. Resulta indiscutible que, en los últimos tiempos la intervención del poder judicial en las políticas públicas se ha ampliado en gran medida. Últimamente los tribunales han participado activamente en la administración de políticas penales, de bienestar, educación, salud mental y protección del medio ambiente. Para remediar los errores percibidos, los jueces han tenido que interactuar con las burocracias públicas que operan en la política particular de cada área afectada. Los jueces no pretenden simplemente monitorear las actividades de estas instituciones sino han intentado reestructurarlas, cambiar sus procesos y políticas (Zapata, 2005).

En este sentido Henao (2013) explica que la participación de la función judicial en la reformulación de las burocracias puede considerarse un mecanismo efectivo para la protección de los derechos de los ciudadanos y la correcta implementación de las referidas políticas. Teniendo en cuenta que ellas pretenden lograr la eficacia y la correcta toma de decisiones en las políticas públicas. Una Corte debe tener bien claro

los límites de la capacidad institucional, así como las oportunidades de cambio. Solo si lo hace, el poder judicial puede actuar creativamente y rectificar la injusticia y preservar el ejercicio de los derechos.

Continúa el especialista afirmando que, para lograr la efectividad en los cambios de las políticas y en las administraciones encargadas de la toma de decisiones es necesario que puedan recopilar información, evaluar varias alternativas, supervisar el proceso de implementación y asegurar el cumplimiento de burocracias específicas. Los jueces deben convocar la ayuda de peritos, quienes pueden ilustrar con criterios técnicos para que la decisión judicial no resulte solo ajustada a derecho, sino también a criterios técnicos sobre el tema de que se trate (Henaó, 2013).

Es por ello que Zapata (2005) describe este tipo de intervención del poder judicial, no solo en la intención de hacer cumplir la política, previamente establecida por los otros poderes del Estado, sino también de analizar si cumple con los estándares jurídicos aplicables y, por tanto, resulta idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión. Se espera que el juez analice si la política cumple, por ejemplo, con estándares de igualdad y no discriminación, progresividad, razonabilidad, pero para lograrlo es necesario que el juez conozca también aspectos técnicos sobre la política en específico.

En ese mismo orden de exposición Abramovich (2005) advierte que, en el supuesto que el juez valore la política pública y considere que incumple o resulta incompatible con los estándares aplicables, luego de un análisis técnico y jurídico, debe reenviarla a los otros poderes públicos relacionados con el tema, para que estos la reformulen. Por el contrario, si una actuación de los poderes políticos se ajusta a los estándares, el Poder Judicial no entra a analizar si hubiera podido adoptarse alguna política alternativa.

Por tanto, en esta forma de intervención el juez no analiza ninguna otra manera de solución de política pública sino, se limita a determinar la incompatibilidad de la política con el ordenamiento jurídico y serán los otros poderes públicos los que diseñen la forma en que se cumplirán estos estándares infringidos. Un ejemplo de esta forma de intervención se observa en la sentencia de la Corte Constitucional Nro. 146-14-SEP-CC, del Señor Luis Ramírez en contra del Municipio Metropolitano de Quito, entidad que realizaba el ensanchamiento de una calle y al realizar dicho trabajo derrumba la casa del señor Luis Ramírez, sin haber declarado este bien como de utilidad pública (Sentencia Nro. 146-14-SEP-CC , 2014).

En este caso la política pública se implementa a través del ensanchamiento de la calle, pero en esta política el juez constitucional valora que la política no está acorde a los estándares aplicables con respecto al derecho a la propiedad. Explica la Corte que Estado, cuenta con dos mecanismos para proteger el derecho a la propiedad: uno es promover progresivamente el acceso al derecho a la propiedad, mediante la adopción de políticas públicas que permitan su acceso y el segundo es mediante la expropiación de bienes. Si bien la Constitución autoriza que el Estado limite este derecho, ello debe hacerse observando el debido proceso y la seguridad jurídica, mediante previa justa valoración, indemnización y pago, restringiendo, en la mayor medida posible toda forma de confiscación (Sentencia Nro. 146-14-SEP-CC , 2014).

Siguiendo el análisis del caso, es necesario señalar que el municipio no cumplió con todos los estándares aplicables a su política pública, específicamente el de la propiedad. En la misma sentencia, el juez explica cómo se viabiliza el derecho a la propiedad y manifiesta que el municipio, pudiendo implementar la política pública bajo el marco de la Constitución y la ley, no lo hizo (Sentencia Nro. 146-14-SEP-CC , 2014).

En conclusión, el juez dio cumplimiento a los estándares técnicos y jurídicos de la política pública, al valorar el nexo de causalidad entre el ensanchamiento de la calle y el derrumbamiento de la casa. Los estándares jurídicos se manifiestan al analizar la presencia y vulneración del derecho a la propiedad. El órgano judicial examinó la política pública para llegar a la conclusión de que se violentó el derecho a la propiedad de una persona. Es así como el juez interviene en la política y la valora, ordena la reparación integral, pero no establece la manera en que deba ejecutarse en lo adelante esa política pública. El juez no ordena, por ejemplo, que antes de seguir con el ensanchamiento de la calle se analice si existen casas a tres metros del límite del ensanchamiento y que se declare de utilidad pública a todas estas casas, para luego seguir con la ejecución de la política.

2.1.2.3 Cuando el juez interviene para generar política pública

Corresponde a esta sección del trabajo, el análisis del supuesto es que es el juez quien genera la política pública. La judicialización de la política es un término que engloba, a menudo tres procesos interrelacionados. En el nivel más abstracto, el término se refiere a la difusión del discurso legal, la jerga, las reglas y los procedimientos en la esfera política y los foros y procesos de formulación de políticas.

El predominio del discurso legal y la popularización de la jerga legal es evidente en, prácticamente, todos los aspectos de la vida moderna (Albanese & García, 2012).

En ese sentido, un matiz más preciso de la judicialización de la política es la extensión de las atribuciones de los tribunales y jueces para determinar los resultados de las políticas públicas. Albanese y García (2012) indican que ello se materializa a través de la revisión administrativa, la redefinición judicial de los límites burocráticos entre los órganos estatales y la jurisprudencia de derechos ordinarios. Comentan que resulta muy difícil que transcurra una semana, sin que un tribunal superior nacional en algún lugar del orbe, emita un juicio importante sobre el alcance de las protecciones de los derechos constitucionales o los límites de los poderes legislativo o ejecutivo.

En este ámbito los casos más comunes son los relacionados con los derechos penales del debido proceso y otros aspectos de mala justicia procesal. También se presentan decisiones relativas a libertades civiles clásicas, los derechos a la privacidad y la igualdad formal. Esta realidad, extiende y vigoriza los límites de la esfera privada amparada por las diferentes Constituciones (Henaó, 2013). Abramovich (2005) coincide con este criterio y afirma que en la actualidad se expanden constantemente los límites de las libertades civiles, lo cual ha llevado a redefinir los términos de la esfera privada en las democracias constitucionales. Ello ha propiciado también la modificación de numerosas esferas políticas vinculadas con libertades individuales.

Como consecuencia de la realidad antes descrita, han proliferado agencias administrativas en el Estado de Bienestar moderno. Se ha extendido el alcance de las causales de las revisiones administrativas susceptibles de ejecutar, por parte de los tribunales. La participación judicial en la elaboración de las políticas públicas se limita, en la mayoría de las ocasiones, a los aspectos procesales más que en el fondo del asunto. Tomando como fundamento las normas básicas del derecho contractual, el derecho constitucional y principalmente el derecho administrativo, los tribunales supervisan y hacen cumplir la aplicación del debido proceso, la igualdad de oportunidades, la transparencia, la rendición de cuentas y la razonabilidad en la formulación de políticas públicas (Henaó, 2013).

Por lo tanto, no es de extrañar que este tipo la judicialización domine el propio sistema de justicia en la mayoría de los procedimientos. Es particularmente notable en otras áreas de políticas de procesos pesados como la inmigración, los impuestos o las licitaciones públicas. Pero también es claramente evidente en innumerables otras áreas,

desde la planificación urbana y la salud pública hasta las relaciones laborales y la protección del consumidor ejecutivo. En resumen, mientras que el primer tipo de judicialización puede describirse como juridificación de las relaciones sociales, la judicialización de este segundo tipo se manifiesta principalmente en el dominio de la justicia procesal y la equidad formal en los procesos de formulación de políticas públicas (Albanese & García, 2012).

Respecto a la judicialización de la formulación de políticas públicas, resulta necesario señalar que ha proliferado a nivel internacional, con el establecimiento de numerosos tribunales transnacionales y tribunales cuasijudiciales. Estos últimos, conformados por paneles y comisiones protectoras de los derechos humanos, encargados del análisis de la gobernanza transnacional, el comercio y los asuntos monetarios. Un traspaso, a gran escala, de facultades determinantes para la creación de políticas. Desde las autoridades encargadas de la conformación de las políticas y las áreas de toma de decisiones, a nivel nacional, hasta las instituciones y tribunales transnacionales, que se ha establecido en las últimas décadas (Ávila M. , 2010).

En esa misma línea de pensamiento Abramovich y Curtis (2002) defienden la existencia de una clase nueva de judicialización de la política, constituida por la necesidad de que los tribunales y jueces enfrenten lo que ellos denominan megapolítica: controversias políticas centrales que definen (y a menudo dividen) políticas enteras. La judicialización de estas grandes políticas, abarcan varias subcategorías como son la judicialización de los procesos electorales y el examen jurisdiccional de las atribuciones y facultades del poder ejecutivo en los ámbitos de la planificación macroeconómica y los asuntos de seguridad nacional.

Por su parte López (2006) explica que estas nuevas áreas emergentes de política judicializada, extienden los ámbitos de la participación de los tribunales superiores nacionales en la esfera política, más allá del ámbito de los derechos constitucionales o la jurisprudencia. Con ello, permiten que la judicialización de la política exceda, de manera exagerada, cualquier límite anterior. La mayoría de las veces esta tendencia es apoyada, tácita o explícitamente, por actores políticos poderosos. La consecuencia de ello se muestra en la modificación de los tribunales supremos de casi todos los países democráticos en un elemento indispensable del aparato de formulación de políticas nacionales de sus respectivos países.

En virtud de lo expuesto anteriormente, es que esta modalidad de intervención del juez en la política pública versa acerca de situaciones en las cuales, el tribunal

verifica la existencia de una única medida de política pública adecuada, ante la pasividad de los demás poderes frente a la vulneración de un derecho social. Es decir, identifica la existencia de alternativas para satisfacer el derecho en cuestión y ordena ejecutarlas (Abramovich, 2005).

Un ejemplo de aquello tuvo lugar en México durante la pandemia del coronavirus, cuando un juez federal ordenó al presidente Andrés Manuel López Obrador que emitiera una resolución, de carácter general, en la que se contemplara la posibilidad de condonar, eximir o diferir el pago de impuestos a regiones y actividades específicas que se hayan visto afectadas por la crisis sanitaria. Esta decisión de la Corte mexicana fue tomada después de la interposición de un juicio de amparo contra la omisión del Presidente de la República (Foro Jurídico, 2020). En este ejemplo se evidencia que el juez, con el fin de proteger determinados derechos fundamentales y debido a la falta de política pública por parte de otros poderes se convierte en un generador de políticas públicas.

2.1.2.4 Cuando el Juez declara la falta de acción de los otros poderes del Estado

Otra forma de intervención del juez en las políticas públicas ocurre cuando los Estados nacionales se encuentran desestabilizados producto de disturbios internos y sus gobiernos pierden legitimidad, en tanto la naturaleza misma del Estado se vuelve ilegítimo en la percepción de la gran mayoría de sus votantes. La intervención del juez se produce, cuando se percata que existen fallos en los sistemas y acciones que debe realizar el Estado. Razón por la cual declara una falta de acción y dispone medidas judiciales bajo los términos que le ermita el ordenamiento jurídico (Barros & Castellani, 2016).

En estos contextos sociales las infraestructuras judiciales, democráticas y legales, en sentido general, se deterioran o destruyen. En la medida en que los gobernantes extraen fondos de las arcas estatales para fines no sociales, menor cantidad de capital existirá para sufragar las necesidades. La pasividad o inacción por parte de los Estados es la última forma a través de la cual los jueces intervienen en la política pública. Es esta variante, el Juez se limita a declarar que la omisión del Estado es ilegítima sin disponer medida alguna de reparación, en tanto la responsabilidad del juez es declarar que alguno de los poderes del Estado tarda o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos constitucionales (Abramovich, 2005).

En conclusión, puede afirmarse que esta modalidad de intervención del juez en la política pública consiste en la declaración de inacción, por parte de la autoridad encargada de solucionar el problema público. Esta declaración no tiene carácter vinculante, pero sí constituye una compulsión para otros poderes públicos para el cumplimiento de la agenda pública. Se puede afirmar que constituye, en definitiva, un exhorto del poder judicial hacia otro poder, a fin de que este último ejecute una política pública para cubrir una necesidad social.

Un ejemplo de esta intervención sucedió en Guayaquil, durante el tiempo de la pandemia por el COVID-19, en que existían cadáveres de personas en el interior de las casas e incluso en las calles, sin que el gobierno se preocupase por recogerlos, poniendo en peligro la salud de los Guayaquileño. Esta situación constituyó, sin dudas, un problema de salud pública. La Corte Constitucional Ecuatoriana declaró vulnerando el derecho a la salud de los ciudadanos que residen cerca o dentro de las casas donde se encontraban los cuerpos y exhortó al gobierno a tomar medidas al respecto.

Con este ejemplo se constata que el juez declara la falta acción sobre la política pública por parte del gobierno, vulnerando y poniendo en peligro el derecho a la salud de los Guayaquileños, pero no se remite a generar política pública al respecto. Esta declaración, por ser de la Corte Constitucional sienta jurisprudencia y constituye un fuerte señalamiento a la gestión administrativa del gobierno, ordenó el retiro de los cuerpos y podría establecer una política pública previsoras de situaciones similares futuras.

2.2 La justicia constitucional como mecanismo de exigibilidad de derechos en las políticas públicas.

A continuación, se analiza la manera en que incide la justicia constitucional en la defensa de los derechos impactados por las políticas públicas. Para ello, resulta necesario partir de la problemática actual acerca de la necesidad que enfrentan los individuos de hacer respetar los derechos sociales, reconocidos como derechos subjetivos. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, García de Enterría y Fernández (2011) definen al derecho subjetivo como la potestad que otorga la ley a toda persona para invocar la aplicación de una norma jurídica a su favor. Los autores resaltan la importancia de un elemento sustancial que es el derecho y concretan que, si

estos derechos son considerados públicos, entonces son tomados como exigibles e irremplazables frente al Estado, frente a los poderes públicos.

Como se ha comentado, el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) permite a toda persona, invocar la protección de sus derechos subjetivos constitucionales, mediante la acción de protección, cuando considere que una política pública los quebranta o la decisión de una autoridad o un particular y no exista otro mecanismo legal para ello. Este artículo procede, por tanto, cuando las políticas públicas vulneren derechos, es decir cuando el poder público se exceda en sus facultades en cuanto a la implementación de la política pública. La Corte Constitucional ha confirmado que la acción de protección constituye el procedimiento adecuado para conocer y verificar la vulneración de derechos producida por una política pública (Sentencia Nro. 146-14-SEP-CC , 2014).

En conclusión, la acción de protección es la acción que le permite al juez intervenir en las políticas públicas. Mediante su interposición el juez puede entrar a juridificar, valorar o incluso generar una política pública, con fundamento en la protección de un derecho vulnerado. Es de entenderse que para que esta garantía cumpla su objetivo debe ser empleada por los jueces, de manera responsable y eficiente, evitando limitarse a la sustanciación del proceso, sino analizando cada arista del asunto en examen, a fin de detectar cualquier otra violación o amenaza a los derechos constitucionales.

2.2.1 Fases del proceso de formación y desarrollo de la política pública donde procede la acción de protección

Las fases del proceso de desarrollo y realización de las políticas públicas fueron analizadas en el Capítulo primero de este trabajo. Resulta necesario recordar que una política pública constituye una oportunidad de mejora, cuyo objetivo es solucionar un problema público, proteger un derecho y cuya ejecución transita por las siguientes etapas: identificación del problema público, formulación de la solución, toma de la decisión, implementación y evaluación. En el transcurso de este proceso pueden ocurrir situaciones externas a la política, que impidan u obstaculicen el desarrollo de la fase donde se encuentren, ante lo cual procedería una acción de protección.

En ese orden, si la política pública se encuentra en la fase de identificación del problema, resulta claro que no procedería una acción de protección, pues únicamente es un proceso técnico e intelectual a través del cual se identifica un problema de una

colectividad. Por ejemplo, en el año 2016 murieron 100 personas a causa del delito de asesinato en la provincia del Azuay. Luego del análisis de las causas, se determinó que 70 de ellas fueron víctimas de asesinatos en la comisión de un delito de robo. Ello permite identificar un problema público de inseguridad. No obstante, la determinación de este problema, por parte del poder público, no tiene ningún efecto jurídico.

Sin embargo, sí puede suceder que se interponga una acción de protección y el juez declare la existencia de un problema público, en ese caso, la inseguridad ciudadana y ordene a los correspondientes poderes del Estado formular una solución e implementarla, en virtud de su pasividad ante esta situación. Este tipo de intervención del juez en las políticas públicas se corresponde con la cuarta forma descrita anteriormente de intervención. Igualmente, puede suceder que el juez a través de otra acción de protección identifique el problema público, formule una solución y ordene su implementación generando política pública, de acuerdo con la tercera forma de intervención del juez en las políticas públicas ya comentadas.

En conclusión, no procede una acción de protección cuando el poder público es el que identifica el problema público y sí procede, cuando es el ciudadano el que identifica la vulneración de un derecho constitucional (problema público) y la falta de acción por parte del Estado para precautelar ese derecho. El impulso de la acción de protección, permite que un juez declare la existencia de un problema público, que demanda una política pública para la protección de un derecho vulnerado.

Por otro lado, en la segunda fase del proceso de las políticas públicas que es la formulación de la solución, no cabe una acción de protección en contra de aquellas, pues también constituyen trabajos intelectuales sobre los cuales no existen efectos jurídicos. En definitiva la formulación de la solución es un estudio o trabajo realizado por personas con conocimientos especializados en determinadas áreas, capaces de identificar áreas de oportunidad a través de las cuales se puede contrarrestar o solucionar un problema público, este estudio al no existir todavía en el mundo jurídico y esta inexistencia a su vez hace que no haya ninguna violación de derechos constitucionales, lo que causa es que no proceda una acción de protección sobre este estudio o trabajo donde se formula la solución de un problema público (Berizonce, 2015).

En el mismo sentido, en la tercera fase o paso del ciclo de las políticas (la toma de la decisión), tampoco cabe una acción de protección por el hecho de que tampoco se realizan acciones concretas donde se puedan vulnerar derechos, en esta fase, donde

la autoridad consigue el apoyo necesario bien sea del poder legislativo o grupo social, donde convence a los ciudadanos de la viabilidad de la política y donde finalmente toma la decisión, en estricto sentido, de ejecutar una política pública. No realiza esta autoridad acciones que tengan un efecto real en la vida de los ciudadanos y por lo tanto no hay posibilidad de que se vulneren derechos sino hasta comenzar con la siguiente fase, que es la implementación de la política.

Siguiendo el orden de las fases, en la implementación, que es la cuarta fase, sí resulta procedente la interposición de la acción de protección debido a que, en esta fase del proceso, el poder público ya comienza a ejecutar acciones concretas para la realización de la política pública. Estas acciones u omisiones pueden causar la vulneración de derechos. A esta fase del ciclo de las políticas resulta posible aplicar las disposiciones del artículo 88 de la Constitución que autoriza la interposición de la acción de protección contra políticas públicas que impliquen la privación del disfrute o ejercicio de un derecho constitucional (Asamblea Constituyente, 2008)

Respecto al último paso de acuerdo con la doctrina, la evaluación de la política pública, se realiza posterior a su implementación, momento en que, también podría interponerse la acción de protección. En esta fase se analiza el nivel de logros y pérdidas obtenidas como resultado de la implementación de la política. En consecuencia, se podrán detectar insuficiencias en el tratamiento y violaciones a los derechos constitucionales de los destinatarios de la política pública evaluada.

2.2.2 El Juez constitucional como actor de las políticas públicas

Para examinar el desempeño del juez como actor político, resulta necesario reconocer que el juez cuenta con una función creadora, en especial el juez constitucional, cuyas decisiones constituyen jurisprudencia que, en ocasiones han sido desarrollados por el propio poder legislativo. El juez, en el ejercicio de sus funciones, es capaz de constatar necesidades y condiciones de vida, identificar nuevas exigencias y penurias sociales y confrontarlas con los derechos y principios reconocidos en el ordenamiento jurídico (Ortiz, 2018)

En consecuencia, el juez deberá identificar el fundamento teórico y conceptual para cada situación que enfrente. Elemento fundamental para que el juez constitucional juegue un papel importante en las políticas públicas es el garantismo, mismo que abarca una serie de preceptos asociados a un modelo de constitucionalismo sustantivo

o material, cuyo elemento esencial es entender a la justicia como límite indiscutible de la política (Torres, 2017).

En este sentido, no existe una definición única pacíficamente aceptada del sentido y alcance jurídico del término garantismo. Según Moreno (2006), puede entenderse como modelo de derecho y como formulación general de la teoría del derecho, pero en ambas variantes está encaminado a asegurar el respeto de los derechos individuales y sociales, sobre la base de la legalidad de los actos y la protección de los derechos fundamentales. Resalta el autor que, en el contexto del garantismo, los derechos fundamentales se convierten en criterios de rectificación de los ordenamientos jurídicos.

De esta forma se puede colegir que el respeto y la garantía de los derechos fundamentales constituye el pilar de la legalidad del funcionamiento de todo Estado. El artículo 1 de la Constitución (2008) declara que el Ecuador es un “Estado constitucional de derechos y justicia” (p.2). En consecuencia, si el fin del Estado es la protección y vigencia de los derechos, la existencia del Juez Constitucional se legitima en su función protectora de los mismos.

En relación con este tema, Knoepfel y otros (2007), aseveran que toda persona o grupo de individuos, relacionados con la dificultad colectiva que genera la política pública constituye un actor potencial de la mencionada política, con independencia que se encuentre en condiciones o no de intervenir en alguna de sus fases. Aplicando ese criterio a la actuación del juez, al momento de intervenir en la política pública, ya sea para juridificarla, valorarla o incluso generar política, ya está interactuando como actor de aquella.

En consecuencia, cuando la política pública que pretende resolver un problema colectivo, requiere la intervención del juez, en tanto vulnera derechos constitucionales, convierte al juez en actor de la política, al verse forzado a interactuar con esta. Las acciones del juez constitucional en las políticas públicas han ido tomando cada vez más fuerza en América Latina. Henao (2013) explica que la intervención tiene su origen en las demandas de tutela o de constitucionalidad y estas solo proceden ante errores de otras instancias contra las que se interponen las acciones pertinentes.

Respecto a este tema, es muy importante la participación de los ciudadanos como impulsores de estas acciones. Para que el Juez se convierta en uno de los actores primordiales en la política pública es necesario que las personas, invoquen su

protección. La eficacia de un derecho depende de su exigibilidad, en tanto el derecho se materializa en su aspecto activo por la posibilidad de que su titular disfrute y disponga de él y en su aspecto pasivo, con la posibilidad de exigir su reparación en caso de quebrantamiento o afectación. Es por el ejercicio de estos derechos, que el juez constitucional se convierte en un actor de garantía de derechos en las políticas públicas (Torres, 2017).

Ejemplo de esto es la lucha de los grupos LGTBI, quienes a través de acciones judiciales han logrado políticas públicas que impiden la violación a sus derechos fundamentales; pues a pesar del principio constitucional de la igualdad y no discriminación, muchas veces han visto truncados sus derechos por falta de apoyo legislativo. Sin embargo, los jueces constitucionales han fallado en su favor. Ello es un ejemplo de la importancia y la legitimación del Juez Constitucional como actor en las políticas públicas. Por consiguiente, el juez constitucional se ha convertido en un actor fundamental en las políticas públicas, en virtud del resguardo de derechos que hace sobre aquellas.

2.2.3 Fundamentación legal y constitucional del juez constitucional como actor de las políticas públicas

Corresponde en esta sección, exponer la fundamentación legal y constitucional que permiten reconocer al juez, como actor de las políticas públicas. Es necesario partir del hecho, de que las judicaturas constitucionales se dividen en dos: por un lado, están los jueces de primer nivel y de las cortes provinciales y, por el otro, están los jueces de la Corte Constitucional. Los primeros conocen de algunas de las infracciones a las garantías ocurridas en el territorio de su competencia y las medidas cautelares correspondientes.

Por otro lado, los jueces de la Corte Constitucional están a cargo del control concreto sobre la aplicación de normas legales en procesos judiciales y del control abstracto de las disposiciones jurídicas, a fin de garantizar la unidad y coherencia del orden jurídico. Todo ello, según lo dispuesto en los artículos 74 y 141 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).

Resulta necesario precisar que las acciones que pueden ser interpuestas ante cualquier juez de primera instancia, para la defensa de los derechos y garantías fundamentales, en virtud de las atribuciones otorgadas por la Constitución, CRE

(2008) ecuatoriana y la Ley de Garantías (2009), además de la acción de protección ya comentada son las siguientes:

- La acción de hábeas corpus, dispuesta para salvaguardar la vida y la integridad física de los individuos, así como para recobrar la libertad cuando se ha perdido de manera ilegítima, por causa de una autoridad pública o por un particular (artículo 89 CRE y artículos del 43 al 46 de la Ley de Garantías);

- La acción de acceso a la información pública, que procede, cuando se necesita acceder a dicha información, de manera completa y correcta, aun en los casos de información secreta (artículo 91 CRE y artículos del 47 al 48 de la Ley de Garantías);

- La acción de hábeas data, que otorga a la persona el derecho del individuo de conocer sus informaciones personales, aunque se encuentren en archivos públicos o privados, en soporte electrónico o en papel, así como saber el fin y el período de uso de esa información (artículos 92 CRE y artículos del 49 al 51 de la Ley de Garantías);

- La acción por incumplimiento, que persigue como objetivo ejecutar efectivamente las sentencias, normas jurídicas e informes de organismos internacionales relacionados con derechos humanos, así como aquellos procesos en que se pretenda el acceso al sistema regional y universal de defensa de los derechos humanos y la ejecución de los fallos emitidos por las Cortes correspondientes (artículo 93 CRE y artículos del 52 al 57 de la Ley de Garantías).

- Las acciones interpuestas para proteger un derecho humano de carácter colectivo, denominados también, como derechos de tercera generación, que se conocerán al amparo de la acción de protección ya estudiada y que regula la Ley de Garantías en sus artículos del 39 al 42.

- Asimismo, las acciones de competencia exclusiva de la Corte Constitucional, según disposiciones de la Constitución (2008) son:

- La acción extraordinaria de protección, que procede únicamente ante la Corte Constitucional, luego de interponer todos los recursos previstos en Ley contra resoluciones judiciales de carácter definitivo y aún se entienda que infringe un derecho o una garantía constitucional (artículo 94).

- Los procesos que invocan la reparación de los derechos humanos de grupos de personas, tales como los colectivos indígenas y las mujeres, previstos en los artículos 65 y 66 de la Ley de Garantías en virtud de acciones extraordinarias de protección contra decisiones de la justicia indígenas.

Es así, que cualquier persona podrá interponer estas acciones para precautelar los derechos vulnerados, teniendo el juez suficientes atribuciones para reparar integralmente el daño, reparación que puede implicar juridificar, valorar, modificar, extinguir o generar una política pública.

Además de la solución de las acciones antes relacionadas, los jueces de la Corte Constitucional tienen otras competencias que les permite ser grandes actores de las políticas públicas, constituyéndose en un gran decisor político en situaciones de conflicto. Para relacionarlas, se considera adecuado emplear las categorías establecidas por Rey (2010), para quien estos procesos constitucionales están constituidos por la secuencia de actos jurídicos efectuados por órganos jurisdiccionales y cuyo objetivo es la protección de derechos humanos y el reconocimiento de la hegemonía constitucional. Se encuentran previstas en Ley de Garantías (2009) y son:

- Procesos de constitucionalidad ordinario, conformados por aquellos casos en que se necesita determinar la constitucionalidad de las normas jurídicas en general (artículo 428 CRE); de las convocatorias realizadas de asambleas constituyentes, a referendos constitucionales, legislativos, plebiscitos, consultas populares y a aquellas leyes que aprueben tratados públicos;

- Procesos de constitucionalidades especiales, que incluyen aquellos encaminados a dilucidar acerca de las objeciones hechas por los Presidentes a los proyectos de leyes; los que se interpongan para determinar la constitucionalidad de los Decretos relacionados con el Estado de excepción y contra aquellos que determinen la suspensión de las votaciones en referendos y consultas populares.

- Todas estas acciones se encuentran previstas en los artículos del 74 al 97 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) y en los artículos 428 y 438 de la CRE.

- Procesos constitucionales atípicos, en los que se examinan las excepciones de inconstitucionalidad, previstos en los artículos del 141 al 143

de la Ley de Garantías, bajo el rubro Control Concreto de Constitucionalidad y está destinada a garantizar que cada juez aplique las normas constitucionales en cada proceso que conozca.

Además de estas atribuciones la Corte tiene la responsabilidad de conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo y por la forma, contra decisiones normativas y generales promulgados por órganos del Estado. Esta facultad, prevista en el artículo 436 de la Carta Magna (2008), constituye una posibilidad para que el juez intervenga en las políticas públicas, al momento de su implementación. Si los actos normativos que dan origen a la política pública son inconstitucionales, el juez de la Corte Constitucional podrá declararlo así e impedir la implementación de la política pública que se pretende.

Un ejemplo de ello es la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la Corte Constitucional del Ecuador, del Acuerdo Ministerial No. 179 de 29 de mayo de 2020: “Reglamento de uso progresivo, racional y diferenciado de la fuerza por parte de los miembros de las fuerzas armadas”. Mediante sentencia No. 3320-IN y acumulados (2021), la Corte declaró contrario a la Constitución el referido acuerdo, al regular un Ministerio, en este caso, el de Defensa Nacional acerca del ejercicio y protección de derechos humanos tan trascendentales como la vida y la integridad personal. Siendo esta tarea atribución exclusiva de la Asamblea.

Con esta sentencia, la Corte Constitucional impidió que una política pública elaborada y convertida en Reglamento, a través de un Acuerdo Ministerial, violentara no solo la Constitución ecuatoriana, también gran parte de los Convenios y tratados internacionales relacionados con los derechos humanos de los que el país es signatario como la Declaración Universal de los derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros.

Otra de las maneras en que el juez de la Corte Constitucional puede intervenir en las políticas públicas, en virtud de las facultades otorgadas por la Constitución (2008) es declarando la inconstitucionalidad de la inacción o el cumplimiento parcial en que incurre una autoridad o institución estatal que fuera destinataria de un mandato constitucional o de otra ley, pudiendo incluso, el órgano jurisdiccional suplir la omisión y ejecutar el acto pendiente o emitir, con carácter provisional la norma ordenada (artículo 436.10).

Además de las atribuciones antes relacionadas, el sistema judicial ecuatoriano y su Corte Constitucional, autonomía administrativa y financiera (artículo 431) lo cual

los exime de cualquier dependencia económica. Y si bien, los jueces constitucionales pueden ser destituidos, la Constitución (2008) establece en el artículo 431 una protección contra posibles excesos, en el sentido de que los miembros de la Corte Constitucional no están sujetos a juicio político ni pueden ser despedidos por quienes los designen, aunque se encuentran sometidos a los mismos controles que el resto de las autoridades públicas. Con lo cual, puede afirmarse que los jueces de la Corte Constitucional y del resto de las instancias, gozan de independencia.

2.2.4 Reparación integral en la acción de protección frente a una política pública.

En relación con el tema de la reparación integral, como consecuencia de la admisión de la acción de protección como garantías constitucionales, resulta necesario recordar que esta reparación procede contra el Estado o el particular declarado culpable de la vulneración de un derecho. En consecuencia, tal como establece el artículo 18 de la Ley de Garantías (2009), el responsable queda obligado, a través de la sentencia correspondiente a reparar integralmente a la víctima. Reparación que puede incluir entre otras operaciones: la restitución del derecho violentado, siempre que sea posible; el resarcimiento económico, el pago de los gastos de recuperación, el ofrecimiento de disculpas y otro tipo de desagravio, las promesas y garantías de que la situación no se repetirá.

Estas disposiciones se encuentran en armonía con el principio de la tutela judicial efectiva, reconocida en la Carta Magna ecuatoriana (2008) en el artículo 75, que reconoce a toda persona la facultad de acceder a la justicia, sin costo alguno. No obstante, la Corte Constitucional (Sentencia No. 251-15-SEP-CC, 2015) ha declarado, que la tutela efectiva incluye también la posibilidad de exigir la protección efectiva al ejercicio y disfrute de los derechos constitucionales, mediante el amparo judicial. Se considera que la reparación integral constituye un ejemplo de esa tutela efectiva

En el contexto de la reparación integral prevista en el artículo 18 de la Ley de Garantías (2009), es importante señalar que esta comprende, tanto una reparación por daño material como inmaterial. La primera se refiere al otorgamiento de una compensación por la imposibilidad de las personas afectadas, de recibir sus ingresos habituales. También abarcan los gastos incurridos en ocasión de todo el proceso judicial sufrido. Por tanto, se encamina principalmente, a la reparación de todas las afectaciones económica provocadas por la vulneración al derecho.

Por su parte, la reparación por daño inmaterial implica una compensación monetaria, la entrega de bienes o la prestación de servicios cuantificables en dinero, por las angustias, tormentos y desesperaciones afrontadas por la víctima y las personas cercanas Así como por el detrimento de carácter no monetario de las circunstancias en las que se desarrollaba su vida y las de su familia, antes de los sucesos y el impacto negativo en su proyectos de vida (Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Se puede concluir, por tanto, que la reparación integral procura que estas víctimas, en la medida de lo posible, vuelvan a la situación anterior en la que desarrollaban sus vidas, antes de sufrir la violación de sus derechos constitucionales. Sin embargo, ello no siempre es posible, por lo que el juez tiene la posibilidad de adoptar medidas alternativas que puedan compensar el daño ocasionado. Se considera que la reparación integral es el elemento esencial de la sentencia constitucional y la forma de materializar su intervención den la política pública, cuando de ello se trate.

2.2.5 Límites de intervención de los jueces en las políticas públicas

En relación con los límites a la intervención del poder judicial en las políticas públicas se considera que el más importante es su propia competencia. La autoridad judicial solo puede intervenir cuando sea invocada a pronunciarse sobre la situación jurídica específica, bien sea para resolverla o como órgano de consulta (Grijalva, 2009). En otras palabras, se trata de una justicia rogada, límite que está acorde al ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues la mayor parte de las acciones constitucionales pueden ser impulsadas por particulares.

En consecuencia, constituyen una petición de parte. La acción de garantía que más se utiliza en Ecuador y la que es objeto principal de este estudio, la acción de protección, comienza también con su interposición por parte de una persona natural. Por ejemplo, cuando el Ministerio de Finanzas decidió recortar el presupuesto a las universidades públicas, se interpusieron entre otras acciones una acción de protección. El juez Jorge Enrique Arcos, perteneciente a la Unidad Judicial de Ambato, otorgó previamente medidas cautelares para suspender esta medida (Diario el Telégrafo, 2020). El Juez Constitucional pudo intervenir en una política pública pero no de oficio, sino a instancia de parte.

Otro límite a la intervención del Juez Constitucional en las políticas públicas, es la disponibilidad de recursos por parte del Estado para hacer efectivo todos los

derechos, llamada en la doctrina como “La Reserva de lo Posible”. Para Sustain y Holmes (2011) el costo de los derechos lo asume el Estado con fondos públicos que provienen, sobre todo, de los impuestos. Por tanto, afirman que la defensa de los derechos no es independiente de sus costos, en consecuencia, los derechos no dependen de la moral, ni mucho menos de la ética, sino de la economía.

En este sentido, La “Reserva de lo Posible” es una teoría nacida en el Tribunal Constitucional alemán en la decisión denominada “*numerus clausus*”, que se refería al derecho a las vacantes en universidades públicas. Esta Corte consideró que el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos la Constitución debían limitarse a los supuestos en los que en que el individuo pudiera, razonablemente, exigirlos a la sociedad, en tanto, el legislador, obedeciendo a sus responsabilidades, también debía proteger otros intereses sociales (Perlingeiro, 2014).

Este argumento parece descabellado, pero tiene realidad pragmática, pues los recursos son limitados hasta para el más rico de los países. En este sentido Berizonce (2015) señala, que si los recursos son limitados los jueces han de verificar la racionalidad de la prestación requerida en el marco de la realidad económica y social del país. Es decir, el análisis del deber de protección y, en consecuencia, la prohibición de insuficiencia por cuanto la decisión del juez constitucional también debe mirar la disponibilidad de los recursos del Estado.

Al respecto se ha señalado el carácter progresivo de los postulados de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (OEA, 1978) declarados en el artículo 26, en que reconoce que los países podrán ajustar a los recursos de que dispongan las medidas legislativas y de otro tipo, que deben adoptar para lograr efectivamente el ejercicio y la protección de los derechos económicos, sociales, educacionales, de ciencia y cultura, refrendadas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Resulta necesario constatar que la teoría de la “Reserva de lo Posible” no se comparte en este trabajo, en tanto se considera totalmente alejado del concepto de justicia, legalidad, racionalidad y sentido del reconocimiento de los derechos humanos y constitucionales. Podría suceder que, en el contexto alemán, en que las necesidades básicas de su población se encuentran ampliamente cubiertas y no cuentan con personas viviendo por debajo del umbral de la pobreza, la diferencia de la “Reserva de lo Posible” esté en la marca del auto que la persona pueda adquirir, con la indemnización recibida por el quebrantamiento de algún derecho. En el contexto

ecuatoriano en que la diferencia reside entre la vida digna y la indigencia, no es admisible.

En ese sentido, el objetivo del gobierno y del resto de las instituciones estatales debe ser garantizar los fondos para que las víctimas y sus allegados reciban la retribución que necesiten y se consideren justa. Si no son capaces de lograrlo, deben dar paso a otros políticos más diligentes o capaces. En cualquiera de las variantes, no resulta necesario aumentar los impuestos, basta con disminuir el presupuesto autorizado para los gastos de los políticos y el asunto podrá ser resuelto.

Después de examinar los argumentos hasta aquí expuestos, resulta posible afirmar que las razones fundamentales por la que los jueces se ven compelidos a intervenir en una política pública son la globalización de los derechos, la influencia jurídica de las normas técnicas, la influencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la excesiva duración de otros procedimientos, las crisis de gobernanza, la pasividad de los órganos públicos, el quebrantamiento de la inacción burocrática y la rotura del estancamiento burocrático.

En ese contexto, la independencia del juez constituye requisito indispensable para su actuación, que puede estar encaminada a valorar o generar una política pública, así como declarar la inacción de un poder estatal al respecto. La Constitución ecuatoriana prevé varias acciones para la protección y garantía de los derechos humanos, así como para el control de la legalidad de las actuaciones de las instituciones y organismos estatales, entre ellos, las políticas públicas, siendo la acción de protección la indicada para garantizar que estas últimas respeten y protejan los derechos constitucionales.

Capítulo III.- DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA EXIGIBILIDAD LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

En este capítulo es tratado el concepto de desarrollo sostenible y su impacto en el derecho internacional. Durante muchos años la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales se han vistos relegados a un segundo plano en el marco de los derechos humanos. A diferencia de los derechos civiles y políticos, para los cuales hay estrictos mecanismos de supervisión, el carácter indeterminado de las obligaciones propias a los derechos económicos, sociales y culturales ha llevado a una tenue exigibilidad de estos a nivel internacional.

Sin embargo, en las últimas décadas el concepto de desarrollo sostenible, impulsado por la comunidad internacional, ha operado como parámetro de legitimidad en las políticas y actos de la administración pública de los Estados, con marcadas consecuencias en el análisis de los derechos económicos, sociales y culturales.

3.1. El marco metodológico del desarrollo sostenible

A continuación, corresponde analizar el marco metodológico del desarrollo sostenible, bajo el criterio de que, el modelo social y económico actual de los países desarrollados, lleva implícito profundas afectaciones al medioambiente, que constituyen una amenaza para la propia supervivencia del ser humano. Al mismo tiempo, la globalización de ese marco metodológico coadyuva al aumento de la pobreza, la desigualdad y la diferencia en la calidad de vida de los pueblos (Jiménez, 2001).

En este sentido, la conservación de los recursos medioambientales y la detención del progresivo y vertiginoso detrimento de las condiciones naturales, deben constituir objeto de análisis prioritarios en las agendas de las políticas públicas y de las normas jurídicas de todos los países, en especial de los más desarrollados. Las estrategias deben partir de la identificación de las causas que generan las afectaciones y proponer las mejores soluciones, en el contexto de cada país y con la participación de las comunidades, en especial, de las locales. A continuación, se examinan aspectos fundamentales a tener en cuenta para ello.

3.1.1. Origen y evolución del concepto de desarrollo sostenible

Para comenzar el análisis del origen y evolución del derecho al desarrollo en la acción de las Naciones Unidas (ONU), resulta necesario constatar que fue ello fue normado en la Resolución 41/128, Declaración Sobre el Derecho al Desarrollo, de la Asamblea General del 4 de diciembre de 1986 (1986). Tiempo antes, la Comisión de Derechos Humanos (CDH), así como la propia Asamblea General de la ONU, habían planteado la importancia del concepto del derecho al desarrollo desde el año 1977. Estos precedentes en el derecho internacional, en específicos los relacionados con la colaboración para el desarrollo, se elaboraron de manera que se integraran la totalidad de los derechos humanos, persiguiendo como fin la divulgación y ejercicio efectivo de los derechos humanos en todas las esferas.

En ese contexto, en el año 1987, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD) publica el informe Nuestro Futuro Común, también conocido como Informe Brundtland (1987) que declara, por primera vez el concepto de desarrollo sostenible. Dicho informe fue aprobado como anexo la Resolución de la Asamblea General de la ONU, A/42/427, el 4 de agosto de 1987 (Asamblea General, 1987) y define como desarrollo sostenible aquel que es capaz de solventar las necesidades de la generación actual, sin poner en riesgo, las posibilidades de las futuras para resolver sus propias necesidades.

Respecto al desarrollo sostenible, el Informe Brundtland (1987) identifica dos requisitos fundamentales para alcanzarlo: 1) eliminar la pobreza, mediante una nueva distribución de los recursos, bajo el principio de equidad intra e intergeneracional y la intervención efectiva de la sociedad; y 2) el cuidado del medio ambiente, teniendo en cuenta la capacidad de la biosfera para satisfacer las necesidades presentes y futuras. De esta manera se reconoce el interés común en la protección de los grupos sociales vulnerables, de las generaciones y del medio ambiente.

A diferencia de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (Asamblea General, 1986), que se caracterizó por el enfoque jurídico-político, el Informe Brundtland enfoca la actuación de la ONU en cuanto al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, en los aspectos económico-ambientalistas. Así, los límites para el desarrollo sostenible se condicionan con el nivel tecnológico y las estructuras sociales, la disponibilidad de recursos naturales y la aptitud de la biosfera

de superar los impactos de las diversas actividades humanas. En ese aspecto, resulta justo reconocer el compromiso de la comunidad internacional con una concepción que abarque la mayor cantidad posible de variables y se encamine a crear estrategias de desarrollo más comprensivos y considerados con el medioambiente.

Más tarde, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente y el Desarrollo realizada en junio de 1992, conocida también como la Cumbre de la Tierra o Cumbre de Río, incorpora el concepto de desarrollo sostenible al derecho internacional. En este sentido dos documentos expresan los acuerdos a los que los Estados llegaron en esta conferencia: la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Asamblea General, 1992) y el Programa o Agenda 21 (Asamblea General, 1992 a).

En esa línea, la Cumbre de la Tierra resultó ser un importante evento, que generó trascendentales instrumentos que definieron los principios fundamentales, los propósitos y las acciones necesarias para el plan de acción para alcanzar el desarrollo sostenible (Juste, 1999). La Declaración de Río (1992) declara como uno de los principios jurídicos más trascendentales el antropocentrismo, o decir, la responsabilidad de los seres humanos respecto desarrollo sostenible, por encontrarse en el centro de toda acción y decisión.

Además de ello, reconoce el principio de integración, designando a la protección del medioambiente como parte indisoluble del proceso de desarrollo. Otros principios son aquellos referidos al derecho de las poblaciones al desarrollo, la eliminación de todas las manifestaciones de la pobreza, la existencia de responsabilidades para todos y diferenciadas, así como la intervención y acceso a la justicia, fueron otras de las declaraciones trascendentales de esa reunión (Asamblea General, 1992).

Por su parte, la Agenda 21 (Asamblea General, 1992 a) pretende detener o, al menos, disminuir, los impactos negativos al medio ambiente y suscitar el desarrollo sostenible, mediante un amplio plan de acción donde se incorporan estrategias y programas para. La mayor atención está otorgada a la incorporación de las cuestiones ambientales y de desarrollo en los procesos de toma de decisiones en toda política públicas, en especial en aquellas relacionadas con la económicas, sociales, fiscales, energéticas, agrícolas, de transportes, de comercio, entre otras. La Agenda 21 creó la Comisión de la ONU para el Desarrollo Sostenible.

Transcurridos 10 años, se celebró en Johannesburgo la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, también conocida como Cumbre de Johannesburgo. Al igual que en la Cumbre de Río, se redactaron y acordaron dos documentos que recogen los pactos a que llegaron los Estados: la Declaración de Johannesburgo (2002) y el Plan de Acción de Johannesburgo (Asamblea General, 2002 a)).

En ese sentido, la Declaración de Johannesburgo (2002) representó la adaptación de la definición de desarrollo sostenible a la nueva década, esta vez poniendo un mayor interés en el desarrollo social. McGoldrick (1996) afirma que asume en su texto el enfoque de la Declaración de Copenhague de 1995 que identifica los aspectos económicos, sociales y medioambientales como los integrantes del desarrollo sostenible, en constante interacción. Se considera el respeto a los derechos humanos como elemento protagónico del desarrollo sostenible al considerarse aspecto imprescindible de la dimensión social. Este juicio se incorpora a la Resolución 71/2003 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2003), la cual afirma que:

La paz, la seguridad, la estabilidad y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, así como el respeto de la diversidad cultural, son esenciales para lograr el desarrollo sostenible y conseguir que este beneficie a todas las personas. (ONU,2003, p. 3)

Por su lado, el Plan de Acción de la Cumbre de Johannesburgo (Asamblea General, 2002 a)) convierte el desarrollo sostenible, en el objetivo ineludible del nuevo milenio, recabando para ello la colaboración internacional. De acuerdo con Juste (1999), la diferencia fundamental entre la Cumbre Río y Johannesburgo es la concepción de esta última del desarrollo sostenible. En tanto, se entiende como el resultado del equilibrio y la integración de todas las líneas de desarrollo social, a fin de alcanzar el progreso económico y la protección del medio ambiente entre todos los países del orbe.

En los años posteriores a la Cumbre de Johannesburgo la actuación de la comunidad internacional dirigió sus esfuerzos relacionados con la protección del medioambiente a dos objetivos expresos: 1) la agenda de desarrollo para el período de 2015 en adelante, en tanto se vencían los objetivos de desarrollo del milenio y 2) una

nueva percepción de la manera de lograr el desarrollo sostenible a nivel nacional, regional y mundial (Juste, 1999).

Más tarde, en el año 2013, la Asamblea General de la ONU creó un Grupo de Trabajo al que asignó la tarea exclusiva de redactar una propuesta concreta de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que resultaron aprobados, luego de su análisis y discusión mediante la Resolución 70/1 de la Asamblea General de la ONU (Asamblea General, 2015), en la Cumbre para el Desarrollo Sostenible celebrada en Nueva York en septiembre de 2015.

En esta Cumbre fue elaborada también la Agenda hasta el 2030 para el Desarrollo Sostenible, que guarda relación con la Cumbre de Johannesburgo, en tanto son reconocidos los objetivos sociales, económicos y ambientales como los cimientos del desarrollo sostenible. La nueva Agenda (2015) insta a los países a implementar las medidas propuestas, en dependencia de las capacidades reales, el nivel de desarrollo social y tecnológico de cada país, sus políticas públicas y el orden de prioridad que revistan. Asimismo, declara que las medidas respetarán el ordenamiento jurídico de cada país y los compromisos internacionales asumidos.

Relacionado con este aspecto, resulta posible resumir que el concepto de desarrollo sostenible constituye el marco fundamental en que se establecen las negociaciones internacionales acerca de la protección del medio ambiente y la implementación de las medidas encaminadas a incrementar el desarrollo social y económico, en especial en los países en desarrollo. La nueva Agenda de Desarrollo 2030 (2015) establece 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas que representan un conjunto de acciones progresivas que requieren para su efectiva implementación, la coordinación de todos los países.

3.1.2 Valor jurídico del concepto de desarrollo sostenible en el derecho internacional

Para desarrollar los argumentos relacionados al valor jurídico del concepto de desarrollo sostenible resulta atinado observar que ha sido objeto de intensos debates. Un grupo de estudiosos niegan totalmente que el término revista naturaleza jurídica; otros afirman, sin dudar su naturaleza jurídica y otro grupo asume una posición intermedia, aseverando que es un derecho en evolución. Los que niegan la naturaleza jurídica del desarrollo sostenible, alegan que, en verdad, constituye un objetivo político

y los que la defienden, considera que constituye un derecho humano. Sin embargo, constituye mayoría la posición intermedia, que reconoce la naturaleza jurídica emergente del concepto de desarrollo sostenible, fundado en su amplio uso en los instrumentos jurídicos internacionales (Rodrigo, 2015).

Esta posición intermedia es la que se asume en el presente trabajo. Aunque resulta necesario precisar algunos aspectos generales y otros metajurídicos de lo que ello implica en cuanto al conocimiento. Según Perrow (1991) toda organización social es un régimen deliberado donde se puede disponer por cuáles objetivos luchar y mediante cuáles estrategias. La organización permitirá, además, modificar ambos aspectos.

En este sentido Hindriks (2005) explica que la presencia de cualquier institución presupone una reacción de la comunidad al respecto. En consecuencia, alrededor de la institución existirán normas jurídicas, que deberán ser respetadas, constituyendo la manera correcta de aplicar la norma; ello implica la existencia de otras maneras, que serían incorrectas. Explica el autor que, de esta manera, normatividad y justificación son aspectos de la realidad que se interrelacionan. El problema de la justificación, también llamado del error, se refiere a las razones relativas o universales o normas para asumir que un curso de acción adoptado ha sido el adecuado.

En este nivel de pensamiento, la institución del desarrollo sostenible se ha reconocido en el derecho internacional como una matriz de procedimiento, cuya obediencia deben los Estados y otros actores internacionales en la creación y ejecución de las políticas públicas. Se le reconoce, además una función modificadora, en tanto establece herramientas interpretativas para el análisis judicial, en pro de la salvaguarda de los derechos sociales y de protección del medioambiente en las mencionadas políticas (Rodrigo, 2015).

De esta manera, la definición de desarrollo sostenible es entendida como el conjunto de instrumentos jurídicos y principios internacionales que regulan la interconexión de derechos sociales y de protección del medioambiente, con aquellos propios del desarrollo económico. Varios autores se refieren además al desarrollo sostenible como un marco normativo de soft law teniendo en cuenta que es voluntaria la adhesión de los países a las normas que regulan la protección del medio ambiente;

que la formulación de los instrumentos jurídicos está basada en principios y que su aplicación secundaria e interpretativa (Del Toro, 2006).

En relación con las normas jurídicas internacionales catalogados como derecho blando o soft law, se considera necesario puntualizar que, en sentido general, estas normas evidencian una costumbre, son utilizadas como guías interpretativas de instrumentos jurídicos o constituyen exhortos, invitaciones a los países para que asuman una determinada posición o normativa jurídica respecto a un tema en específico (López-Medina & Sánchez-Mejía, 2008).

En ese mismo orden Valencia (2016) advierte que pueden considerarse normas éticas, morales y políticas legislativas. Las normas de soft law, instan, aconsejan, promueven la adopción de determinadas decisiones, que los Estados podrán aceptar o no, sin que resulte una obligación. En contraste con las imperativas, de obligatorio cumplimiento, reconocidas en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). El mencionado artículo 53, establece que una norma imperativa de derecho internacional es aquella aceptada y ratificada por la comunidad internacional, contra la cual no se permite adoptar acuerdos, en tanto adolecerían de nulidad. Para modificar esas disposiciones resulta necesaria otra norma de igual condición.

Por su parte, Juste (1999) explica que existen tres formas en que pueden manifestarse las normas del soft law. La primera, en instrumentos jurídicos internacionales, que carecen de fuerza vinculante, por su propia naturaleza como son los principios, programas, declaraciones, estrategias, informe de grupos de expertos, entre otras. La segunda, comprendida por aquellas normas que, a pesar de encontrarse en un instrumento jurídico vinculante, su redacción no obliga al cumplimiento. Y la tercera, compuesta por aquellas normas que se encuentran en proceso de elaboración, debate o no ha llegado la fecha de su entrada en vigor.

En ese contexto, las normas de soft law en el derecho ambiental internacional revisten un carácter preponderante, tal como se ha evidenciado en las Declaraciones, Agendas y Convenciones antes mencionadas. González-Arruti (2015) explica que las posibles causas de esa situación se pueden encontrar en elementos políticos, jurídicos y sociales, determinados por las diferencias entre los intereses y necesidades de los países desarrollados, con aquellos en vías de lograrlo, así como las divergencias en los

niveles técnicos científicos. Señala el autor referido, que estas normas resultan más flexibles al momento de adaptarlas a las diferentes realidades.

Por su parte Foy (2008) considera que el hecho de que las normas relativas al derecho ambiental internacional, revistan características de soft law constituyen un importante mecanismo pues si bien, no se puede obligar a los países adoptar una determinada posición, sí constituyen una indicación de las mejores soluciones a problemas de todos. En igual sentido se expresa Nava (2016) para quien la elasticidad de la norma de soft law favorece el logro de consensos, en tanto la ambigüedad y amplitud en su redacción permite a los países adaptarse a sus postulados y llegar a acuerdos, pese a las diferencias en los intereses políticos y económicos, lo cual no sería posible si la norma fuese estricta en su redacción y rigurosa en su cumplimiento.

En este contexto, resulta de profundo consenso que las normas encaminadas a lograr el desarrollo sostenible pretenden alcanzar sus objetivos mediante el reconocimiento de los efectos positivos de la institución, que sería garantizada a su vez por métodos de reforzamiento distintos a la sanción. La elaboración del contenido normativo del desarrollo sostenible tiene asimismo un carácter abstracto, conformados por principios, que podrán convertirse en realidad, mediante su ejecución por los Estados o a través de la aplicación de otro acto de autoridad como puede ser una sentencia judicial (Cianciardo, 2003).

En esa línea de pensamiento Cianciardo (2003) afirma que la práctica legal ha demostrado que, al mismo tiempo de las reglas de estricto y obligatorio cumplimiento, existen otras, cuyas estructuras menos rígidas permiten complementar las primeras, constituyendo la capacidad explicativa su mayor valor prescriptivo. Señala el autor que una característica de la noción de soft law es la ausencia de normas secundarias.

Desde esta perspectiva el desarrollo sostenible, más bien, se constituye como una referencia o remisión para la aplicación de las normas relativas a los aspectos sociales, económicos y ambientales con un objetivo integrador que es la sostenibilidad. Las normas relacionadas con el desarrollo sostenible constituyen criterios de interpretación en el análisis judicial y en negociaciones, actos y políticas públicas, al convertirse en reflejos de la voluntad de los Estados manifestadas en acuerdos internacionales.

3.1.3. Los principios de desarrollo sostenible.

A propósito de los principios para el desarrollo sostenible resulta necesario precisar que se encuentran reconocidas en una gran variedad de instrumentos internacionales. En este sentido la International Law Association¹ (ILA) realizó un trabajo de recopilación en el que se identificaron un grupo de principios jurídicos relativos al desarrollo sostenible, los que fueron incorporados a la Declaración de Nueva Delhi del año 2002 y, posteriormente, fueron debatidas en la Conferencia de Johannesburgo del mismo año.

De acuerdo con Rodrigo (2015) esa recopilación reviste gran importancia jurídica y metodológica, en tanto constituye un recurso hermenéutico. La precisión del contenido de cada principio tiene un objetivo teleológico, que permite dilucidar claramente el objetivo que persigue el concepto de desarrollo sostenible, a los fines de su contenido y regulación en las diferentes disposiciones normativas. Los principios recogidos en la lista de la ILA son siete y Rodrigo (2012) los relaciona de la siguiente manera:

- La responsabilidad de los Estados de garantizar el uso sostenible de los recursos naturales.

Se debe destacar que el principio relativo al uso sostenible de los recursos naturales está implícito en la definición del desarrollo sostenible aportada por el Informe Brundtland (1987). González-Arruti (2015) explica que el paso hacia la sostenibilidad no es posible sin una transformación en las bases de la economía, en tanto los costos medioambientales son infravalorados o se consideran de libre disposición. Por su parte Díaz (2016) afirma que este principio promulga la obligación en que se encuentran los Estados de gestionar responsablemente los recursos naturales, de una manera legítima, sustentable y segura que permita el desenvolvimiento de la sociedad.

En concordancia con los anteriores planteamientos, la Agenda de Desarrollo 2030 (2015) declara el principio de uso sostenible de los recursos naturales en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ODS, relacionados a los números 14 y 15. En ellos se plasma la necesidad de preservar y emplear, de manera sustentable los

¹La *International Law Association*, Asociación de Derecho Internacional es una de las organizaciones no gubernamentales de carácter consultivo de la ONU [Home \(ila-hq.org\)](http://ila-hq.org)

océanos, mares y recursos marinos, así como resguardar, reconstruir los ecosistemas terrestres, promoviendo su uso responsable.

- El principio de equidad y erradicación de la pobreza.

El segundo principio, referido a la equidad y erradicación de la pobreza es tratado desde la Declaración de Río (1992), donde se reconoció el deber en que se encuentran los Estados y también todas las personas de trabajar en función de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible. Díaz (2016) considera que este principio guarda relación con el equilibrio intergeneracional, o el derecho de las generaciones siguientes a disfrutar, al igual que esta, del patrimonio común. Asimismo, explica que está relacionado con el equilibrio intergeneracional, entendido como el derecho la generación actual de disfrutar de los beneficios del desarrollo, en condiciones de igualdad.

Con respecto a ese principio, Jaria-Manzano (2019) opina que está dirigido a resaltar la importancia de atender, en el marco del desarrollo sostenible, de manera diferenciada y prioritaria, las necesidades básicas de los sectores pobres de los países menos desarrollados. El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas afirma que los Estados tienen responsabilidades diferentes con respecto a los problemas que plantea el desarrollo sostenible.

- El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

Este principio surge como uno de los postulados fundamentales del derecho medioambiental en la Declaración de Río (1992), donde se reconoce que los Estados han contribuido de manera directa o indirecta en las afectaciones que sufre hoy el medioambiente, por lo que tienen responsabilidades comunes para su recuperación. La diferenciación está dada en la intensidad y alcance del daño provocado por cada uno de ellos. Díaz (2016) le otorga vital importancia este principio, entendiendo que está encaminado a conciliar los intereses de los países desarrollados, con respecto a los pobres en cuanto al desarrollo sostenible, donde todos están obligados a cooperar y siendo los países desarrollados quienes tienen una mayor responsabilidad dado el impacto de sus economías y los recursos financieros de que disponen.

Respecto a este principio, Valverde (1996) explica que contiene dos elementos: el esfuerzo que deben desarrollar todos los países del mundo para proteger y conservar el medioambiente y la elaboración de las estrategias para lograrlo, en función de las

peculiaridades de cada nación. Esgrime como ejemplo la enorme contribución que han hecho los países más industrializados al calentamiento global y afirma que en función de ello, las medidas para paliar esa situación deberán ser proporcionales, a los daños causados.

- El principio de precaución con respecto a la salud humana y los ecosistemas.

En atención al principio de precaución, expone Díaz (2016) que está dirigido a incentivar a los Estados a disponer acciones preventivas en pro de evitar afectaciones medioambientales, en toda actividad o intervención relevante que pudiera incidir en este o en la salud humana, a pesar de que no existan evidencias científicas para asegurar el riesgo para el medioambiente o el hombre. Este principio no va dirigido solamente a los Estados, también alude a organizaciones internacionales y a la sociedad civil en general.

Este principio se refleja en la Declaración de Río (1992), al número 15 y, en criterio de (Valverde, 1996) constituye uno de los principios más importantes, en tanto va dirigido a evitar la producción de los daños que, en muchas ocasiones, resultan irreversibles. Asevera el autor que la confirmación científica de la ocurrencia del daño o de la posibilidad de riesgo, a menudo, se recibe demasiado tarde, trayendo por consecuencia efectos negativos irreparables para el medio ambiente o de muy largo proceso de reparación.

- El principio de participación pública, acceso a la información y a la justicia.

En relación con el principio de participación pública, acceso a la información y a la justicia, explica Rodrigo (2015) que aparece refrendado por primera vez en la Convención de Aarhus de 1998 y aporta dos elementos esenciales: la vinculación del desarrollo sostenible con los derechos humanos y la exigencia de participación del público en la toma de decisiones. La participación e información pública respecto a las medidas relacionadas con la protección del medio ambiente o del desarrollo sostenible, constituyen manifestaciones específicas de la obligación general de permitir a la población decidir sobre sus destinos.

En ese sentido, los derechos reconocidos en el principio, resultan esenciales para garantizar la inclusión de los aspectos sociales, económicos y ambientales en la creación e implementación de las políticas públicas. Por su parte el acceso a la justicia constituye una garantía básica en la protección de los derechos humanos y, en este

caso, de la protección del medioambiente, como elemento determinante en la calidad de vida de los seres humanos. Aguilar (2020) resalta la necesidad de institucionalizar esa participación, a fin de otorgar a todos los estratos de la población y a la sociedad civil, la posibilidad de acceder a la información, de manera oportuna y, consecuentemente, participar en la toma de decisiones.

- El principio de buena gobernanza.

En atención al principio de buena gobernanza Maynts (2001) revela que se ha convertido en uno de los principales elementos de comparación, para determinar la aptitud de los Estados de emplear, de manera eficiente básicos para analizar la capacidad de los gobiernos de usar eficazmente los recursos públicos. Aguilar (2020) reafirma la trascendencia de este principio, en tanto concibe la buena gobernanza como un proceso de consolidación de la sociedad, de manera cooperativa, caracterizada por la transparencia, el servicio a los ciudadanos y la atención prioritaria a los más necesitados.

En ese sentido, estructura la buena gobernanza con base en tres pilares fundamentales: eficacia, rendición de cuentas y carácter inclusivo de todas y cada una de las decisiones del gobierno. Alude el autor a la rendición de cuentas en lo relativo a la toma de decisiones políticas y administrativas y el manejo de los recursos (Aguilar G. , 2020), siendo posible aseverar que este principio defiende la posibilidad de controlar las políticas públicas, en este caso, medioambientales, por parte de la población en general, de manera directa, mediante los mecanismos de participación ciudadana establecidos en las correspondientes Constituciones.

- Principio de integración de los intereses económicos, sociales y ambientales.

En relación con el principio de integración de los intereses económicos, sociales y ambientales, Rodrigo (2012) afirma que es el principio es el más idóneo para resumir el significado y fin del concepto de desarrollo sostenible. Se reconocen tres dimensiones a este principio: 1) la sistémica; 2) la institucional y 3) la jurídica. La dimensión sistémica constituye la esencia del desarrollo sostenible e implica que las normas que regulen los aspectos antes señalados no serán aleatorias, ni independientes, deberán estar estructuradas como un sistema, de manera tal que se logren los resultados esperados. del concepto de desarrollo sostenible en un enfoque cooperativo donde el

resultado sea cualitativamente superior a aquel que supone la simple agregación de los componentes sociales, económicos y ambientales.

Por su parte, la integración institucional conforma la dimensión más práctica del principio, en tanto implica la formación o perfeccionamiento de instituciones, organismos, procedimientos, normas, para lograr la incorporación de los temas relacionados con el medio ambiente en todas las instancias de toma de decisiones. La dimensión jurídica implica la coherencia del ordenamiento jurídico nacional, con las normas internacionales reguladoras del medio ambiente y todas aquellas que, de cualquier manera, influyan en regulaciones de conductas que podrían impactar el desarrollo sostenible (Rodrigo, 2012).

En este contexto, resulta necesario destacar que la Asamblea Nacional del Ecuador, en el año 2017 adoptó los 17 ODS como marco referencial obligatorio. En año 2018 el Gobierno Nacional, mediante el Decreto Ejecutivo 371 (2018), declaró como política pública la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, comprometiéndose a trabajar en función del cumplimiento de sus objetivos y fines en el contexto de la planificación del desarrollo de la nación.

En este sentido, el Artículo 3, del mencionado Decreto Ejecutivo (2018), faculta a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, para que entre otras cosas garantice la alineación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible con los diferentes instrumentos de planificación y órganos de gobierno, así mismo esta entidad tiene la obligación de Normar y llevar a cabo el proceso de seguimiento y evaluación de las metas e indicadores de la Agenda 2030.

Es por esto que La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, en ese mismo año, conforme el decreto 371, emite la Norma Técnica para Evaluación de Desarrollo Sostenible agenda 2030, dentro de la cual establece en primer lugar que la Secretaría Nacional de Planificación priorizará la Agenda 2030 en la planificación nacional, a nivel objetivo, meta e indicador en función del Plan Nacional de Desarrollo; así mismo establece como metodología de seguimiento y evaluación de los ODS la misma metodología de seguimiento y evaluación del Plan Nacional de Desarrollo.

Además de ello se garantiza este seguimiento, en virtud de que, de acuerdo al Art 8 de la referida norma técnica (2018) el Informe de Avance del cumplimiento de

la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, deberá ser presentado al Consejo Nacional de Planificación el primer semestre de cada año.

Para el caso de incumplimiento de esta norma técnica será sancionado de conformidad con los artículos 180 y 181 del Código Orgánico de planificación, el cual establece que será una sanción de Responsabilidad Administrativa determinada por la Contraloría General del Estado.

De esta forma vemos que se ha creado cierta exigibilidad al cumplimiento de los ODS en Ecuador, no obstante, para que esta exigibilidad sea de grado constitucional, es necesario Sentencias del Corte Constitucional, que mediante jurisprudencia garanticen a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, como política pública obligatoria por y ante cualquier órgano público.

3.2 Diseño institucional y los derechos económicos, sociales y culturales

3.2.1. Contenido y recepción jurídica de los derechos sociales fundamentales

Corresponde en este apartado examinar el diseño institucional los derechos económicos, sociales y culturales, desde la perspectiva de derechos sociales fundamentales. Para Pisarello (2007) el reconocimiento de los derechos sociales de cada individuo se encuentra directamente vinculados con el derecho fundamental de dignidad humana, derecho que condiciona, en su criterio, el reconocimiento de los derechos civiles y políticos.

Afirma el autor que la relación entre los derechos sociales y la dignidad humana representa un lazo que trasciende algunos derechos personalísimos, vinculados directamente a las concepciones liberales, en tanto no es posible disfrutar de derechos civiles, sin el reconocimiento y protección de los derechos sociales. (Pisarello, 2007). En ese mismo nivel de razonamiento, Salazar (2013) considera que los derechos sociales son manifestaciones el derecho a la igualdad, tanto material como formal, entendiendo que este derecho es un concepto normativo y no valorativo, en tanto corresponde a las normas jurídicas y, en especial, a las constituciones democráticas garantizar el trato igual a todos los individuos, sin criterios de jerarquía.

Por su parte Pisarello (2007) coincide con esa afirmación, aunque advierte que existen diferencias entre los derechos sociales de un lado y los derechos civiles y

políticos de otro. Los primeros son derechos prestacionales, onerosos y determinados por las condiciones económicas de cada país; se redactan de manera amplia e indeterminada, dificultando, en muchas ocasiones su protección efectiva ante los órganos jurisdiccionales correspondientes.

En ese mismo sentido, Arango (2005) afirma que los derechos sociales son derechos subjetivos, entendiendo como tal, la facultad atribuida a una persona por una norma legal, para la protección de intereses propios, que abarca la posibilidad de permitir a otro hacer o no hacer algo, así como exigirlo. Explica el autor que los derechos subjetivos constituyen a su vez, libertades, derechos y competencias. En consecuencia, los derechos sociales no son derechos colectivos, en tanto su reconocimiento no depende de la pertenencia del sujeto a un grupo.

En esta línea de pensamiento, el autor define a los derechos sociales como aquellos derechos individuales, derivados del derecho de igualdad materia, que permite al sujeto satisfacer sus necesidades básicas dentro de la sociedad. Se identifican como principales ámbitos la salud, el trabajo, la educación, la seguridad social y otros (Arango, 2005). Coincidiendo con la opinión, Riveros (2010) reafirma que los derechos sociales no protegen derechos colectivos, en tanto se dirigen a la salvaguarda de las necesidades específicas y determinadas de cada ser humano, en su individualidad.

En ese sentido, resulta necesario destacar que fue la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el primer instrumento jurídico, con carácter internacional que reconoció el derecho de todo individuo a la protección de sus derechos sociales (artículo 22), reconociendo la norma, su vinculación indisoluble con la dignidad del ser humano, el libre desarrollo de su personalidad y el resto de los derechos políticos y civiles.

Más tarde, la propia Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó dos pactos para cada conjunto de los derechos fundamentales: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966 a). No obstante, se reconoce la indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos, sin distinción de categorías entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, la doctrina jurídica ha reconocido que el contenido de los derechos sociales fundamentales es la atribución del titular de esgrimir su derecho contra el resto del conglomerado social, haciendo valer sus facultades de impulsar los procedimientos legales establecidos. Se ha confirmado que la previsión de mecanismos procesales para la tramitación de la defensa de los derechos sociales, constituye parte indisoluble del derecho; distinguiéndose entre protección estática, conformada por los castigos previstos para los supuestos de violación de estos derechos y protección dinámica, constitutiva de la aplicación de las referidas normas a un caso en específico (Arango, 2005).

Con respecto a los sujetos pasivos de los derechos sociales, Salazar (2013) explica que el principal es el Estado, sus dependencias, órganos y organismos y, en segundo lugar, los particulares, lo cual constituye una evidencia de la eficacia horizontal de los derechos sociales. La obligación del Estado no se limita a reconocer estos derechos sociales, está obligado también a promoverlos y protegerlos mediante la creación de mecanismos eficientes y normas jurídicas suficientes, que prevean acciones positivas, con el objetivo de garantizar la igualdad material en el disfrute de todos los derechos sociales.

En ese sentido, Arango (2005) resalta que cuando se menciona al Estado, como sujeto, incluye lógicamente a todos sus poderes. La obligación del poder legislativo está centrada en el deber de adoptar las disposiciones jurídicas constitucionales y subordinadas, materiales y procesales, capaces de proteger los derechos sociales. En el proceso de redacción y adopción de las referidas normas jurídicas resulta imprescindible la participación popular. El poder judicial se involucra al momento de interpretar y aplicar las normas jurídicas adoptadas y el poder ejecutivo deberá respetar todas y cada una de las disposiciones emitidas por el resto de los poderes.

Por otra parte, los particulares, también se encuentran involucrados en el respeto y reconocimiento de los derechos sociales del resto de los individuos. La eficacia horizontal de los derechos sociales, presupone un carácter objetivo, que alcanza a las relaciones jurídicas entre las personas, lo cual es reconocido como la constitucionalización del derecho privado, entendiéndose que, si se encuentran involucrados derechos sociales, la relación jurídica excede el ámbito privado (Riveros, 2010).

Respecto al objeto de los derechos sociales existe gran debate a nivel doctrinario. Arango (2005) explica que una parte de la doctrina constitucionalista, entre los que se encuentran Alexy (1997), Cruz (2007) y Pisarello (2007) (antes mencionado), consideran los derechos sociales como derechos prestacionales, onerosos, resaltando su carácter económico, en el sentido de resultar necesario la transferencia de recursos para cubrir las demandas que implican la satisfacción de los derechos sociales. Se mencionan como excepción los derechos sociales vinculados a los derechos al trabajo como el derecho de huelga, de asociación colectiva y de sindicación.

Sin embargo, Arango (2005) discrepa con tal criterio, afirmando que constituye una visión limitada y antigua del funcionamiento abstencionista del Estado y un pensamiento restrictivo del contenido y alcance de los derechos fundamentales sociales. El autor considera, y es el criterio que sigue este trabajo que los derechos y libertades sociales, así como las económicas y políticas constituyen una estructura heterogénea, que requiere para su pleno desarrollo y reconocimiento de acciones negativas, por parte del Estado de abstención y no intervención en determinadas esferas de la vida de las personas, en una sociedad democrática y de acciones positivas, a fin de crear las condiciones óptimas para su disfrute, en condiciones de igualdad.

Siguiendo este criterio, Hesse (2001) divide el contenido obligacional de los derechos sociales fundamentales en cuatro grupos: 1) las obligaciones que consisten en una prestación positiva como las relacionadas con el derecho a la atención médica y a la vivienda; 2) las obligaciones que constituyen una abstención o deber negativo de no intervención como en el derecho a huelga; 3) las obligaciones que abarcan una prestación positiva y una abstención como, por ejemplo, en el derecho a la educación que incluye la libertad de enseñanza y además su gratuidad y 4) las obligaciones determinadas por una prestación positiva de responsabilidad solidaria que pueden incluir las aportaciones del titular, como en el caso del derecho a la pensión por jubilación.

En este sentido, un aspecto importante a distinguir en cuanto a los derechos sociales fundamentales es la diferencia entre el reconocimiento del derecho subjetivo y la garantía jurídica de los mismos. Cruz (2007) advierte que hacer depender la existencia de un derecho subjetivo a la posibilidad de exigir su cumplimiento, constituye una visión reduccionista del derecho. Varios autores, entre los que se destacan Atria (2005), y Guastini (1999) han asumido la posición de que un derecho

no garantizado judicialmente, aunque esté consagrado en una Constitución, representa un derecho inexistente.

Sin embargo, la posición que defiende Cruz (2007) y que se asume en este estudio es la que plantea que la conexión entre derechos y garantías no es de naturaleza empírica, sino normativa. Ello quiere decir que, la exigibilidad de un derecho constituye una garantía secundaria de protección, cuya inexistencia representa un error e ineficiencia por parte de las instituciones encargadas de proveerla. Esta ausencia puede ser considerada una laguna secundaria de las normas pertinentes, que no guardan relación de dependencia con la validez de los derechos subjetivos.

En este sentido la recepción jurídica de los derechos sociales fundamentales es tratada a continuación, mientras que las garantías son vistas en el siguiente apartado. La recepción en cada Estado del sistema internacional de los derechos fundamentales suele estar previsto en las Constitución. Rodríguez y Vicente (2009) distinguen, desde un punto de vista descriptivo, entre un sistema dualista y un sistema monista de integración normativa.

Con respecto al sistema dualista, los autores parten del hecho que el derecho internacional es un ordenamiento independiente del nacional, en consecuencia, cada instrumento internacional ratificado por el país de que se trate, requiere de una legislación nacional o su incorporación a normas existentes para dotarlos de efectos jurídicos. Una estructuración de tipo dualista, sin perjuicio de las obligaciones del Estado firmante, impide a los instrumentos internacionales provocar efectos directos, en tanto los tribunales no pueden aplicarlos como norma vinculante (Rodríguez & Vicente, 2009)

Por otro lado, en las estructuras de tipo monista los instrumentos internacionales se incorporan al ordenamiento jurídico interno, sin necesidad de norma jurídica que así lo declare. Tal es el caso de los instrumentos jurídicos internacionales relacionados con derechos humanos, de los que el Ecuador es parte, que resultan de aplicación directa e inmediata, en todos los órganos jurisdiccionales del país y exigibles ante todos los servidores públicos y administrativos, tal como establece el artículo 11.3 de la Constitución ecuatoriana (2008).

Se considera necesario analizar otra arista muy importante de la recepción del sistema internacional de los derechos sociales fundamentales, que son los regímenes

jurídicos de tutela. De acuerdo con Ferrajoli (2006) se puede analizar este tema desde dos ámbitos: 1) el estatus jurídico de los derechos sociales fundamentales; y 2) la jerarquía jurídica reconocida los derechos sociales fundamentales. Entendiendo el status jurídico como una categoría de derecho subjetivo correlacionado con una obligación del Estado.

En ese sentido, la jerarquía jurídica de la recepción de los derechos sociales fundamentales puede ser constitucional o legislativa, en dependencia de la tutela que reciban; pudiendo regularse ciertas exigencias en la Constitución y otras en las normas jurídicas subordinadas, como resultado de la deliberación del órgano legislativo. Por otra parte, el debate de la conexión entre derechos y garantías es dependiente del estatus y jerarquía jurídica señalados que a su vez determinarían una protección robusta o débil de los derechos sociales fundamentales (Ferrajoli, 2006).

Siguiendo su razonamiento, el autor explica que la recepción constitucional de pautas políticas instructoras de la actuación del Estado, no implica una obligación directamente exigible, como en el caso de un derecho subjetivo. Por el contrario, versan sobre preceptos que establecen el deber de legislar o actuar según esas directrices. Un ejemplo de realización para este tipo de tutela jurídica son los programas de asistencia a ciertos grupos de personas vulnerables, que pueden ser incluso hasta revocados.

En resumen, de lo antes expuesto, resulta posible colegir que el estatus jurídico de los derechos sociales fundamentales, también puede ser relevante una recepción jurídica como directriz política de rango Constitucional. Ello se materializa, habitualmente en el reconocimiento y declaraciones de principios rectores de la política social y económica.

3.3.2 Democracia y garantías de los derechos sociales fundamentales

Corresponde en esta sección del trabajo, exponer la estrecha relación que existe entre democracia y garantías de los derechos sociales fundamentales. Pisarello (2007) explica que la democracia, desde su esencia, requiere que la toma de decisiones normativas sea percibida como una línea continua, que puede variar en su perspectiva sustancialista o procedimentalista. En este sentido se sostiene que el desarrollo democrático de la humanidad ha llevado a un modelo deliberativo procedimental en el

que puede distinguirse dos órdenes de decisiones aplicables a los distintos niveles de actividad normativa (Bellamy, 2012).

En esa línea, estos dos órdenes han sido identificados de la siguiente manera: sobre las condiciones materiales e institucionales de la participación social en la creación de las normas jurídicas y sobre los supuestos de la justicia social distributiva. El primero analiza la legitimidad de una participación política efectiva de los miembros de la sociedad, que estaría fuera de la deliberación política ordinaria y cuyas exigencias fundacionales estarían en la Constitución o en instrumentos internacionales. El segundo de los supuestos, está relacionado con la justicia social distributiva, que se dirige a las inconformidades sobre la regulación de los derechos en aquellas sociedades pluralistas y cuyo espacio de análisis son los parlamentos o la asamblea legislativa que respetarían el reclamo y las exigencias de la mayoría (Bellamy, 2012).

En este contexto Waldron (1993) afirma que los requerimientos de uno u otro orden de decisiones no son fijas, en consecuencia, pueden existir, por ejemplo, demandas sobre educación y vivienda, como derechos fundados en uno u otro orden deliberativo y protegidos igualmente de manera diferente, según la sociedad de que se trate. Es por ello que puede afirmarse que las garantías de los derechos fundamentales están constituidas por el conjunto de técnicas previstas por el ordenamiento jurídico para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, posibilitando de esta manera la máxima eficacia de los derechos fundamentales en correspondencia con el estatus y jerarquía jurídica.

En cuanto a la institución del desarrollo sostenible tratada al inicio del capítulo, se entiende que son exigencias relativas al primer orden de deliberación democrática, aunque con un tipo de garantía que se ha dado en llamar débil. La doctrina ha señalado dos modelos de garantía de los derechos sociales fundamentales 1) las garantías subjetivas en relación con todos aquellos mecanismos que tienen por finalidad reparar la vulneración de un derecho fundamental que ha sufrido un particular y 2) las garantías objetivas que derivan de la especial posición de jerarquía de los derechos fundamentales respecto del resto de las normas del ordenamiento jurídico (Arango, 2005).

En consecuencia, se reconoce en la actualidad una gran importancia a las garantías subjetivas. Las sociedades contemporáneas las emplean, de manera prácticamente unánime. La creciente diversificación de las garantías subjetivas ha dado lugar a un amplio y heterogéneo grupo de acciones y procedimientos que suelen agruparse en los tipos generales. En dependencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, las garantías pueden distinguirse en tres grupos: 1) la garantía devenida de la Constitución; 2) la protección otorgada por la jurisdicción ordinaria; y 3) la protección internacional, refrendada en instrumentos jurídicos internacionales de los derechos fundamentales (Garrido, 2007).

En el mismo orden de pensamiento, Ferrajoli (2006) explica que el criterio de clasificación, basado en la naturaleza del órgano jurisdiccional puede resultar confuso, en tanto se presentan países donde no existe una separación orgánica entre justicia constitucional y ordinaria. En consecuencia, son los procedimientos ordinarios quienes se encargan de la protección de los derechos sociales fundamentales. No obstante, la distinción, sigue representando una alternativa de protección en los países latinoamericanos.

Otro de los criterios de clasificación, referido al ámbito de aplicación de los procedimientos, reconocido por Garrido (2007) propone una diferenciación entre los procedimientos generales y especiales. Los primeros son aquellos que abarcan la tutela de todos los derechos sociales fundamentales, mientras los segundos son aquellos relativos a ámbitos más específicos al ser limitados a algunos derechos o a algunas formas de vulneración de estos.

En este sentido, resulta necesario comentar que, en muchas ocasiones, los ordenamientos jurídicos contemplan procedimientos jurisdiccionales donde el acceso a la justicia es expedito y el tiempo de respuesta considerablemente corto. Por esta razón, la menor formalidad suele ir acompañada de alguna modalidad de conocimiento limitado, acompañada de una mayor discrecionalidad judicial. Por otra parte, las garantías objetivas se basan en la idea de la Constitución como disposición de orden mayor en equivalencia a valores sociales objetivados como razones de justificación (Ferrajoli, 2006).

En correspondencia con los argumentos antes expuesto, se afilia este trabajo al criterio doctrinal que afirma que la primera y más inmediata de las garantías es el

reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Constitución. De esta manera, el constitucionalismo se caracteriza por la conjunción de tres elementos esenciales: el reconocimiento de los derechos fundamentales como límite a la deliberación política; la imposibilidad de que la legislación ordinaria modifique, en modo alguno, el alcance de los derechos y el control de constitucionalidad de la legislación ordinaria (Alexy R. , 1997).

En este contexto, el control de constitucionalidad se diferencia de los que serían las garantías objetivas, en tanto constituye un mecanismo de protección de los derechos fundamentales. El control de constitucionalidad se define como la actuación de los órganos jurisdiccionales dirigidas específicamente a verificar la correspondencia entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas promulgadas por el órgano legislativo o por cualquier otro, con atribuciones legislativas, o reglamentaria de la administración pública no violen las disposiciones constitucionales (Moreno, 2006).

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en este Capítulo, resulta posible afirmar que el desarrollo sostenible, representa la meta a la cual deben tributar todas las actuaciones relacionadas con el uso, disposición, manejo o explotación de recursos naturales. Cada una de estas acciones, se encuentran indisolublemente unidas a cualquier estrategia, regulación jurídica o política pública dirigida al desarrollo social, tecnológico o humano de las naciones. Es por ello, que el respeto y aplicación de cada uno de sus principios, resulta imprescindible para atender las necesidades básicas y de emprendimiento de los países, teniendo en cuenta la protección del medioambiente y la responsabilidad de cada Estado por la infracción de este deber.

En ese contexto los derechos económicos, civiles y políticos, son también reconocidos como derechos sociales fundamentales, devenidos del derecho humano a la dignidad, cuyo goce y disfrute dependen de las normas jurídicas y políticas públicas que se desplieguen en cada país. Esta actuación estatal comprenderá acciones positivas y negativas, en pro de crear condiciones para el ejercicio efectivo de los derechos, cuya primera garantía está constituida por su reconocimiento en la Carta Magna de cada país. El cumplimiento de lo allí declarado, dependerá del control constitucional que ejerzan los órganos jurisdiccionales respecto a toda norma jurídica o política pública o cualquier otra acción u omisión relacionada con los referidos derechos sociales fundamentales.

Capítulo IV.- ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Corresponde en este Capítulo, examinar diferentes sentencias en las que fueron decididas acciones de protección, con el objetivo de evidenciar la intervención de los jueces como agentes de control de las políticas públicas. Se parte de la descripción del ejercicio de la acción de protección, sus causas de inadmisibilidad, para luego profundizar en los fundamentos legales y constitucionales de las sentencias en estudio. Se estudia en cada una de ellas: los legitimados activos y pasivos; la identificación de la tensión jurídica; los derechos constitucionales vulnerados y, finalmente, los elementos que la sentencia aporta para la construcción de un sistema de control judicial de política públicas.

4.1 Ejercicio de la acción de protección

Antes de profundizar en el análisis de los casos de estudio, se considera necesario resaltar que la acción de protección prevista en el artículo 88 de la Constitución ecuatoriana (2008), constituye una garantía ordinaria, que puede presentarse, sin distinción, frente a todos los jueces de primera instancia. Su objetivo consiste en tutelar los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna y en los instrumentos jurídicos internacionales firmados por la República del Ecuador.

En este mismo orden de pensamiento y, siguiendo a Ferrajoli (2006) los derechos fundamentales corresponden a todos los seres humanos, sólo por esa condición, a quienes se les reconoce las expectativas positivas de prestaciones y las negativas de no sufrir daños, todo ello en virtud de una norma jurídica previamente promulgada. Estos derechos fundamentales son básicos y permiten el desarrollo de la personalidad de cada individuo. En consecuencia, el Estado configura acciones encaminadas a impedir que otros particulares, autoridades o políticas públicas obstaculicen el disfrute de cada uno de ellos.

En este sentido, López-Zambrano (2017) advierte que la acción de protección reviste un carácter omnicompreensivo y general, en tanto facilita invocar la protección de todos los derechos, incluyendo aquellos para los que la legislación no ha previsto una vía de protección específica. Se reconoce, entonces, como una herramienta para la

materialización de todas las garantías constitucionales, la detención de las violaciones que se susciten y la reparación integral, cuando ello proceda.

En concordancia con el criterio de Carbonell (2010), la acción de protección tiene un carácter residual, siendo imperativo agotar instancias administrativas y cualquier otra judicial prevista, antes de invocar la protección mediante esta acción. En este contexto, las sentencias que sean emitidas por la Corte Constitucional resolviendo asuntos que resuelvan acciones de protección, revestirán un carácter de jurisprudencia, es decir, vinculante. En consecuencia, las pautas seguidas por la máxima Corte del país en la solución de los referidos casos, tendrán que ser aplicadas, de igual manera a casos análogos, obligando tanto a los jueces y funcionarios públicos, como a aquellas personas que intervengan en los procesos en carácter de abogados, consultores u otros.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha confirmado, mediante sentencia No. 1035-12-EP/20, promulgada en virtud del caso 1035-12-EP, de fecha 22 de enero (2020) la obligatoriedad de respetar el precedente judicial establecido por la Corte. En esta sentencia, la Corte diferenció entre el precedente horizontal hetero-vinculante, que es aquel que obliga a los jueces que se encuentran en un mismo nivel jerárquico y el precedente horizontal auto-vinculante, que identifica a los jueces de una misma judicatura, que podrán alejarse de la jurisprudencia trazada, siempre que lo justifiquen de manera científica y fundada.

Por otra parte, se puede afirmar que la acción de protección se vincula directamente con el derecho de tutela efectiva, reconocido en el artículo 75 de la Constitución (2008), en el que se describe como efectiva, expedita e imparcial, el acceso a la justicia y la actuación de los órganos jurisdiccionales y el resto del aparato judicial como rápido e inmediato. Prohibiéndose, expresamente someter a estado de indefensión a persona alguna.

Resulta importante precisar que la acción de protección tiene un carácter preventivo, lo cual significa que no es necesario que se produzca un perjuicio o se vulnere, efectivamente, el derecho para que pueda ser ejercitada; resulta suficiente que se aprecie una amenaza o un riesgo de que algo así pueda producirse (Jaramillo, 2011). Además de ello, la presentación de la acción de protección ante los órganos

jurisdiccionales pertinentes se caracteriza por su sencillez, carácter expedito, directo, y universalidad.

En ese orden, la sencillez, rapidez y eficacia del proceso está reconocido en el artículo 8 de la Ley de Garantías (2009), que dispone, además, la oralidad y la prohibición de emplear cualquier recurso procesal, con el objetivo de dilatarlo. Asimismo, autoriza la presentación de la acción por parte de cualquier persona legitimada, sin necesidad de un abogado que la represente. La gratuidad del proceso se dispone en el artículo 168.4 de la Constitución (2008). Por otra parte, el carácter expedito, ágil, con plazos cortos para la presentación, aceptación y práctica de pruebas, se constatan en el artículo 86. 2 e) del texto constitucional (2008) que, en criterio de López-Zambrano (2017) constituye el prototipo de celeridad procesal.

Por otra parte, resulta necesario constatar que, en el proceso de justicia constitucional, bajo la acción de protección, (y bajo todas las demás), resulta procedente solicitar, al mismo tiempo que la acción ejercida, la adopción de una medida cautelar. Estas medidas las autoriza artículo 87 de la Constitución ecuatoriana (2008) y se desarrollan en los artículos 6 y 26 de la Ley de Garantías (2009). Ambos cuerpos jurídicos reconocen que las medidas cautelares persiguen como objetivos prevenir o interrumpir la violación de un derecho constitucional.

Respecto a ese tema, Ávila (2010) explica que las medidas cautelares pretenden hacer cesar la violación de un derecho, mediante la solicitud de detener los actos que lo condicionan o persiguen el objetivo preventivo de evitar que ello suceda. La Ley de Garantías (2009), establece que el órgano jurisdiccional podrá disponer la medida cautelar cuando estime que la situación bajo examen amenaza, de forma inminente, o quebranta un derecho fundamental (artículo 27). Tampoco se exigen formalidades para su solicitud y el juez debe decidir, en el menor tiempo que resulte viable, (artículo 29) la manera más eficaz de materializar esa medida cautela, a fin de otorgarle protección al derecho (artículo 31).

En ese mismo sentido, el carácter directo de la acción está dado en que el juez no puede, de ninguna manera, abstenerse de conocer la solicitud. La acción de protección se presenta al órgano jurisdiccional y el juez, tendrá que dar curso al proceso o justificar su improcedencia, de manera fundada (Salgado, 2004). La universalidad se manifiesta con respecto a la totalidad de los derechos constitucionales,

objeto de protección, al universo de seres humanos protegidos por la acción y la posibilidad de impugnar tanto acciones como omisiones (Jaramillo, 2011).

4.2 Inadmisibilidad de la acción de protección

Corresponde en este apartado analizar las razones por las cuales pueden ser inadmitidas las acciones de protección en el Ecuador. En el Capítulo 1 del presente trabajo se relacionaron, de manera muy sucinta las razones de admisibilidad de la acción, considerándose oportuno en este momento, mencionarlas de manera más detallada. Las razones de procedencia y de legitimación pasiva para la admisión de la acción en estudio, están dispuestas en el artículo 41 de la Ley de Garantías (2009).

El referido artículo reconoce como tales: a) las acciones u omisiones que violenten, limiten o impidan el disfrute de derechos fundamentales efectuadas por autoridades públicas, que no pertenezcan al sector judicial (porque en ese caso procedería la acción extraordinaria de protección; b) toda política pública gestada a nivel nacional o local que afecte el disfrute de los derechos y garantías; c) las actuaciones o las inacciones de un prestador de servicio público que infrinja los derechos antes comentados y e) cualquier actuación en los sentidos antes expuestos efectuados por personas privadas, con independencia que seas jurídicas o naturales; f) todo acto constitutivo de discriminación (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

En el sentido de la penúltima causal de admisibilidad señalada, referida a las acciones u omisión de las personas naturales o jurídicas privadas, la Ley de Garantías (2009) exige en el apartado 4 del propio artículo 41 varias circunstancias para su procedencia. Ellas son: a) que las mencionadas personas naturales o jurídicas privadas ofrezcan servicios públicos no autorizados o en la esfera pública, ya sea por delegación o concesión; b) que provoque un daño grave; c) que el afectado se encuentre en relación de subordinación o indefensión respecto a una autoridad.

Por otra parte, el propio cuerpo legal, es decir, la Ley de Garantías (2009), en el artículo 42 dispone los supuestos en los que no procede la acción de protección: a) cuando de la narración de los hechos, resulte evidente que no se encuentran peligro el ejercicio de derechos constitucionales; b) cuando los actos que provocaron la violación ya han sido interrumpidos, a menos que se hayan provocado daños susceptibles de reparación; c) cuando el acto o la omisión que se impugna, a pesar de su

inconstitucionalidad no constituye un peligro para el ejercicio de los derechos; d) cuando se trate de un acto administrativo y no se hayan agotado las vías legales, a menos que se demuestre la ineffectividad de la existente.

Continúa la disposición jurídica declarando improcedente la acción de protección e) cuando el actor sólo pretenda que se le reconozca la existencia de un derecho; f) cuando el acto impugnado sea una providencia judicial o cuando g) la acción u omisión que se objeta provenga del Consejo Nacional Electoral y sea de los que permite la Ley su impugnación ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos el juez emitirá un auto fundado, declarando la inadmisibilidad de la acción presentada (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Resulta necesario precisar que este conjunto de supuestos en los que se veta la posibilidad de interposición de la acción de protección no significa, en modo alguno, que la Constitución y la legislación ecuatoriana defiendan la tesis de un juez pasivo, limitado a las alegaciones de las partes y a los fundamentos de derechos esgrimidos para fundamentar sus pretensiones. La Carta Magna (2008) permite al juez el examen integral de los hechos que se ponen a su conocimiento, identificando todas y cada una de las infracciones que se hayan cometido y la aplicación de las normas jurídicas nacionales o internacionales más eficaces para la protección de los derechos fundamentales en peligro (artículo 426).

En ese contexto, el artículo 4.13 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), permite al juez aplicar la norma jurídica correcta, cuando las partes hubieren confundido la norma aplicable al caso. La Corte Constitucional del Ecuador ha reiterado, en las sentencias No. 001-10-PJO-CC (2010), No. 0087-16-SEP-CC (2016), N.0164-15-SEP-CC (2015), la potestad del juez constitucional para fundamentar su fallo en normas jurídicas no invocadas por las partes, pero que constituyen las correctas para la adecuada protección de los derechos y garantías constitucionales de las partes.

Presentados los presupuestos necesarios, corresponde a continuación el análisis de las sentencias resolutivas de acciones de protección, donde se evidencia que los jueces intervienen como agentes de control de las políticas públicas.

4.3 Análisis de sentencias

4.3.1 Caso No. 17230-2020-07856 Freddy Carrión Intriago (Defensor del Pueblo del Ecuador) y otros vs Lenin Moreno Garcés (Presidente de la República) y otros

Corresponde revisar el presente caso partiendo de que la acción presentada es una acción de Protección correspondiente al proceso: 17230-2020-07856 (2020) cuyos detalles se expresan a continuación:

Dependencia jurisdiccional: Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Ñaquito, del Distrito Metropolitano de Quito.

Legitimado activo: Freddy Carrión Intriago (Defensor del Pueblo del Ecuador), Burbano Villarreal Harold Andrés (Coordinador General de Protección de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo), Marianela Maldonado López (Coordinador General de Promoción de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo).

Legitimados pasivos: Lenin Moreno Garcés (Presidente de la República), Iñigo Francisco Salvador Crespo (Procurador General del Estado), Richard Martínez Alvarado (Ministro de Finanzas del Ecuador), Carlos Andrés Isch Pérez (Ministro de Transportes y obras Públicas subrogante).

4.3.1.1 Identificación de la tensión jurídica

En este caso (2020), la tensión jurídica surge como consecuencia de la inacción del Ministerio de Finanzas, a quien corresponde desembolsar el importe dinerario suficiente para el pago de sueldos a los empleados públicos; responsabilidad que no cumplió durante el tiempo de la pandemia de la Covid.19, a pesar de los exhortos, alertas y dictámenes formulados por la Defensoría del Pueblo hacia el Gobierno Central. La Defensoría solicitó reiteradamente el pago de manera oportuna, conforme a los derechos de los trabajadores, garantizados en el artículo 326 de la Constitución (2008). Considera vulnerados los derechos constitucionales y humanos de los trabajadores públicos, pues sin estos recursos, no cuentan con los fondos necesarios para su subsistencia.

En consecuencia, en el proceso (2020), la Defensoría del Pueblo presentó la garantía constitucional de la acción de protección, en la cual expresan que se han vulnerado los derechos constitucionales al trabajo, vida digna, igualdad y no

discriminación, seguridad jurídica y el principio de aplicación directa de la Constitución (2008), al momento en que el Estado Central, por medio de su Ministerio de Economía y Finanzas no ha cumplido con el pago oportuno a los funcionarios públicos. Se resalta el hecho de que se haya cumplido con los pagos a los funcionarios de la policía y militares y, sin embargo, a los funcionarios de los sectores de salud, educación y justicia no se ha cumplido con los pagos, vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación.

En este contexto, los demandados manifiestan en la audiencia que la pandemia del Covid19 ha causado grandes daños de índole económico en el Estado. Esgrimen como prueba los Decretos declarando los estados de excepción, en virtud de lo cual ha existido un retardo en los pagos a los funcionarios públicos. No obstante, señalan que han cumplido con todos los pagos al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, conforme un certificado de cumplimiento de obligaciones que adjuntaron a su defensa, con lo cual manifiestan que su objetivo nunca ha sido atrasarse en los pagos a los funcionarios públicos (Caso Freddy Carrión Intriago (Defensor del Pueblo del Ecuador) y otros vs Lenin Moreno Garcés (Presidente de la República) y otros, 2020).

Sin embargo, los accionantes manifiestan que justamente por la pandemia del Covid19 los funcionarios públicos, en virtud de garantizar sus derechos a la salud, alimentación, educación, vivienda y vida digna, necesitan aún más de su remuneración, pues sin ella no pueden cumplir con los derechos antes mencionados. Manifiestan que debía ser una de las prioridades del Estado, de acuerdo con el artículo 286 de la Constitución (2008) el pago de las remuneraciones a los funcionarios públicos, en tanto, la mayoría de aquellos se encuentran en los sectores de salud, educación y justicia.

4.3.1.2 Derechos constitucionales vulnerados

- **Derecho al Trabajo**

En virtud de la revisión del caso, con respecto a los derechos vulnerados, el primero que salta a la vista, es el derecho al trabajo, que se encuentra protegido en el artículo 33 de la Constitución (2008). Este artículo reconoce al trabajo como un deber social y como un derecho, considerándose, además como el origen de todo desarrollo personal y económico. El artículo declara la obligación en la que se encuentra el Estado de garantizar a todos los trabajadores remuneraciones justas, con motivo a su

desempeño laboral, que se realizará en un empleo con condiciones seguras para la salud, voluntariamente seleccionado, lo cual garantiza la dignidad del ser humano.

En el contexto de fundamentar la violación a este derecho, los accionantes también citan otros textos legales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y El Protocolo de San Salvador. Normas en virtud de las cuales se puede afirmar que el derecho al trabajo es imprescindible para la materialización de otros derechos constitucionales, tal como lo reconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia Nro. 241-16-SEP-CC (2016).

En ese sentido, la sentencia invocada afirma que el derecho al trabajo reviste dos dimensiones: una social y otra económica. La dimensión social se reconoce como la obligación estatal de crear las condiciones para que todas las personas, con capacidad de laborar tengan acceso a un empleo, que les permita disfrutar de una vida digna. La dimensión económica se entiende como la capacidad del trabajo de aportar al trabajador recursos dinerarios (Sentencia Nro. 241-16-SEP-CC, 2016).

En atención a los elementos antes expuestos, se puede razonar que en el momento en que el Estado deja de realizar los pagos de forma oportuna a sus trabajadores, estos no pueden cumplir, ni materializar otros derechos fundamentales, tales como la salud, vida digna, vivienda y otros derechos de libertad, mismos que dependen de la remuneración que reciba el trabajador. Unido a ello, resulta procedente destacar que, tanto en la Constitución, como en los instrumentos jurídicos internacionales mencionados el derecho al trabajo se reconoce como un derecho irrenunciable e intangible, sometido a principios de derecho como el de indubio pro-operario.

En consecuencia, no puede existir norma jurídica, o política pública que deje sin sustento a miles de familias ecuatorianas, en tanto dependen de la remuneración pública, para poder sobrevivir. La pandemia del COVID 19 y la grave crisis económica que esta ha causado tampoco puede ser justificación para los atrasos en los pagos a los servidores públicos, pues justamente por la pandemia, los funcionarios necesitan hacer mayores gastos en salud, provisión de alimentos, entre otras diligencias. Si el trabajador no cuenta con los recursos para enfrentar estos gastos, es imposible que se

cumpla con la materialización de sus otros derechos reconocidos en la Constitución y en los cuerpos jurídicos mencionados.

- **Derecho a la Igualdad y no discriminación**

Siguiendo con los derechos vulnerados, con respecto al derecho de igualdad y no discriminación, resulta procedente constatar que su regulación parte del artículo 11 numeral 2 de la Constitución (2008), que reconoce que todas las personas serán tratadas de igual manera, disfrutando de las mismas obligaciones y facultades, sin distinción de edad, sexo, nacionalidad, estado civil, ideología, filiación política o cualquier otro elemento que empleado para segregar a una persona y obstaculizarle el ejercicio de sus derechos constitucionales.

De igual manera, el artículo 66.4 de la Carta Magna (2008) declara el derecho de todos a la igualdad, en sus aspectos formales y materiales y la prohibición de la discriminación. En el caso en estudio, el legitimado activo argumenta la violación de este derecho, en tanto la falta de pago a los servidores públicos, sin una justificación objetiva y razonable, se produjo en el mismo momento en que sí se efectuó el pago a otras instituciones públicas, lo cual evidencia, sin dudas un trato diferencia a favor de estos últimos.

En ese sentido, los accionantes afirman que la Constitución establece, como una prioridad, la asignación de presupuestos para las áreas de salud, educación y justicia, a los que se ha vulnerado este derecho a la igualdad y no discriminación, en tanto se han cancelado a otras instituciones como son los agentes militares y policías, no así a los primeros. Se esgrime, además, como argumento las declaraciones de la Sentencia Nro. 037-13-SCN-CC de la Corte Constitucional (2013), que afirma que el derecho a la igualdad, se considera vulnerado si el tratamiento diferente se ha otorgado, sin causa que lo justifique, de manera objetiva y razonable.

En consecuencia, se considera violentado el derecho a la igualdad y no discriminación, en tanto el Gobierno no aporta justificación alguna que permita entender, de manera objetiva y razonable el trato diferenciado recibido entre ambas instituciones: una que recibió la paga y otra que no. El juez ponente invoca el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, mismo que establece que: se considerarán ciertos los hechos esgrimidos por los demandantes, cuando la institución pública demandada no sea capaz de demostrar lo contrario o

aporte pesquisa insuficiente, a menos que otra cosa resulte de las evidencias analizadas (Sentencia , 2020).

En resumen, el hecho de que los funcionarios accionados fuesen incapaces de explicar correctamente las circunstancias por las cuales existió un retardo en los pagos a los funcionarios públicos, pero no ocurrió así respecto a instituciones públicas como la policía y otras de seguridad, determinó que el juez declarara la vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación.

- **Derecho a la vida digna**

Por otra parte, el derecho a la vida digna se encuentra protegido por la Constitución (2008), en su artículo 66. 2, reconociéndolo como uno de los derechos de libertad. Establece el artículo que la vida digna se reconoce a todas las personas, entendiéndose como tal el acceso suficiente y seguro a servicios de salud, educación, seguridad social, a los alimentos, agua potable, el derecho a una vivienda, al trabajo y empleo, entre otros.

En ese sentido, resulta evidente que, si las personas no reciben su salario, de manera oportuna y completa, no pueden acceder a los servicios antes mencionados ni solventar las necesidades básicas del ser humano. Por tanto, se consideran vulnerados los derechos fundamentales de estos trabajadores, por parte de los representantes del Estado. La sentencia en análisis advierte que, la privación de los salarios a que fueron sometidos los trabajadores públicos constituyó un atentado a su derecho a disfrutar de una vida digna, impidiéndoles desarrollar sus actividades habituales y de mejoramiento de condiciones de vida (Sentencia , 2020).

Siguiendo ese razonamiento, afirma el órgano jurisdiccional que en el momento en que el Estado atrasa los pagos, por concepto de remuneración de los funcionarios públicos sin argumentación y justificación ocasiona una evidente violación del derecho, a la vida digna pues el funcionario se queda sin recursos y no puede cumplir con su derecho a la vivienda, saneamiento ambiental, educación, vestido y otros servicios sociales necesarios, que son los que materializan la vida digna de una persona.

- **Derecho a la seguridad jurídica**

Con respecto al derecho a la seguridad jurídica, consideró el Tribunal que también fue violentado, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 82 de la Constitución de República (2008). El referido artículo dispone que la seguridad jurídica, a la que tienen derecho a disfrutar todas las personas, tiene su basamento en el respeto a las normas constitucionales y a la previa adopción de disposiciones jurídicas claras y públicas, aplicadas a cada caso, por las jurisdicciones competentes.

De este argumento, se pueden razonar tres cuestiones. La primera es la supremacía de la Constitución, sobre el resto del ordenamiento jurídico; la segunda la existencia de normas claras, previas y públicas y, la tercera es la obligación de las autoridades de ejecutar y aplicar las disposiciones hechas por el ordenamiento jurídico. En el caso en estudio, la parte accionante demostró la relación de dependencia, en tanto los funcionarios públicos contaban con sus contratos de trabajos, debidamente firmados, sus obligaciones correctamente cumplidas y los deberes entregados, sin haber recibido la justa remuneración que se les debía por ello, en virtud de normas constitucionales. (Sentencia , 2020).

En consecuencia, se vulnera el derecho a la seguridad jurídica puesto que se probó la existencia de una relación jurídica, de tipo laboral a partir de la presencia de los contratos. Esta situación implica que la administración se encuentra en la obligación de retribuir económicamente a los trabajadores, de manera oportuna, tal como establecen las normas claras, previas y públicas relacionadas con el derecho laboral y el resto del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el juez manifiesta que a pesar de que los accionados expresen que están generando políticas públicas para el beneficio de los ciudadanos, se ha evidenciado que estas políticas públicas, de ninguna manera, se ha dirigido a satisfacer las necesidades de los funcionarios públicos, que no lograron acceder a su salario.

- **Aplicación directa de la Constitución**

En relación con este derecho, alegado por la Defensoría del Pueblo, y consagrado en el artículo 11 .3 de la Constitución (2008), se considera importante precisar que comprende el mandato de aplicación, por parte de todos los servidores públicos, de los derechos y garantías reconocidos en la Carta Magna y en aquellos instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos de los que el Ecuador sea

parte. Asimismo, el artículo autoriza a invocar los referidos derechos y la autoridad estará siempre obligada a aplicarlos de manera directa e inmediata.

En el contexto del presente caso, la omisión efectuada por parte de las autoridades accionadas respecto al pago oportuno a los funcionarios públicos constituye una violación de su obligación de garantizar directamente el acceso de esos trabajadores a su salario, que le permite solventar sus necesidades básicas y las de su familia como la salud, vida digna, alimentación, entre otras. Tampoco tuvo en cuenta la parte accionada el trabajo diario de los empleados ni el hecho de que, a pesar de la pandemia, siguieron laborando.

En este sentido la parte accionante señala que los derechos consagrados en la Constitución e instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, para los servidores públicos, no solo son de directa e inmediata aplicación, sino además debe realizarse en el sentido que más favorezca a la efectiva vigencia de estos derechos. La protección supraconstitucional con que cuenta el derecho a la vida digna, la salud y el resto de los derechos mencionados, indican que la autoridad encargada de pagar la remuneración a los funcionarios públicos, infringió el principio de aplicación directa de la Constitución, en tanto debía priorizar los recursos del Estado, para el pago de oportuno de dicha remuneración.

4.3.1.3 Elementos que la sentencia aporta para la construcción de un sistema de control judicial de política públicas

En el capítulo dos del presente trabajo de investigación se analizaron las formas de intervención judicial en las políticas públicas, siguiendo la doctrina del profesor Víctor Abramovich (2005). Entre ellas se identifica la intervención del juez para juridificar las políticas públicas, forma de intervención, en la que el juez dispone el cumplimiento de una política que ha sido incumplida y que constituye, además obligación legal.

En el caso de análisis, el Gobierno Central, por medio del Ministerio de Finanzas tiene la obligación de pagar las remuneraciones a los funcionarios públicos de forma oportuna y existe política pública para que se realicen estos pagos, de acuerdo a la misma Constitución, a la ley y a sus contratos de trabajo. Esta obligación debe cumplirse en los tiempos y plazos señalados en el ordenamiento jurídico, es por ello, que puede afirmarse que en este caso, el juez interviene para juridificar la política

pública imponiendo su ejecución, mediante el cumplimiento de las normas legales que la respaldan.

4.3.2 Caso No 17981-2021-00234 Luis Alberto Salas Klocker y otros vs Ministerio de Economía y Finanzas y otros.

A continuación, se revisará el caso referido con anterioridad. La acción presentada es una acción de protección cuyo número de proceso es el 17981-2021-00234.

Dependencia jurisdiccional: Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

Legitimado activo: Luis Alberto Salas Klocker y otros

Legitimados pasivos: Lenin Moreno Garcés en su calidad de Presidente de la República del Ecuador; Economista Mauricio Pozo Crespo en su calidad de Ministro de Economía y Finanzas; Ing. César Litardo, como Presidente de la Asamblea Nacional; Procurador General del Estado en la persona de Dr. Iñigo Salvador Crespo; Fondo Monetario Internacional representado por Kristalina Georgieva Julien Reynaud.

4.3.2.1 Identificación de la tensión jurídica

Con respecto a la tensión jurídica de este caso (2021), surge como consecuencia del incidente ocurrido durante la celebración de la Audiencia de un proceso presentado por los accionantes ante la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con Sede en la Parroquia Quitumbe, del Distrito Metropolitano de Quito, en la cual el juez instó a los legitimados activos para que argumentasen la calidad del FMI como legitimado pasivo en el proceso presentado. La parte accionante expone sus argumentos ante el juez, pero este decide, a pesar de ello, excluir al FMI como legitimado pasivo. Ante esta decisión, los accionantes presentan el correspondiente recurso de apelación bajo el fundamento de que el juez estaba prejuzgando su fallo y abandonan la Sala de Audiencias (Oficio, 2021).

Sin embargo, el juez decide ignorar la apelación interpuesta y celebra la audiencia, a pesar de la ausencia de la parte accionante y gran parte de la accionada. Se celebraron dos Audiencias, pese a los varios escritos presentados por los accionantes, solicitando la admisión y tramitación del recurso de apelación, pese a lo cual, el juez dictó sentencia. La parte accionada presenta también recurso de apelación

contra esta sentencia, razón por la cual la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha se enfrentó a dos recursos de apelación, en el contexto de una acción de protección.

4.3.2.2 Derechos constitucionales vulnerados

Corresponde determinar los derechos vulnerados en el caso de estudio, estos se definen a continuación:

- **Tutela judicial efectiva**

Considera la Sala que la actuación del juez constituyó un acto violatorio del derecho fundamental a la tutela judicial, en tanto el juez de instancia infringió el procedimiento establecido en Ley y los derechos de las partes en el proceso, de dos maneras diferentes: 1) ignorado las disposiciones que lo obligaban a dar atención al recurso de apelación interpuesto y 2) ignorando las disposiciones del Auto de calificación de la acción, en la cual se admitió como legitimado pasivo al FMI (Oficio, 2021).

En este sentido, la tutela judicial efectiva, se encuentra reconocida en el artículo 75 de la Constitución (2008), reconociendo como tal, el acceso a una justicia imparcial, rápida y gratuita, excluyéndose la posibilidad de quedar en estado de indefensión. La Sala consideró que el juez de instancia limitó, de manera irrazonable y arbitraria el acceso a la justicia y el derecho a recurrir, reflexionando, además, que no resulta posible emitir un juicio justo y coherente de unos hechos, sin escuchar a todas las partes involucradas.

- **Derecho a la defensa**

Respecto a este derecho, la Sala observa que las partes accionantes, luego de abandonar la Audiencia, no lograron ejecutar intervención alguna en el proceso, excepto aquellas encaminadas a solicitar la consideración del recurso de apelación. Ello trajo por consecuencia que no tuviesen la oportunidad de ejercer los derechos reconocidos en el artículo 76 de la Constitución (2008), referidos al o a la defensa, en específicos los de: no ser limitado del derecho de la defensa; poder expresarse, en el momento correcto y en condiciones de equidad; poder exponer sus razones y tener la oportunidad de contradecir las del oponente.

4.3.2.3 Elementos que la sentencia aporta para la construcción de un sistema de control judicial de política públicas

Se deben mencionar los elementos que la sentencia aporta para la construcción de un sistema de control judicial de política públicas. En este sentido, resulta posible aseverar que constituye un ejemplo de intervención judicial para juridificar la política pública. En el caso estudiado, el juez constitucional identificó la infracción de dos políticas públicas, refrendadas en la Constitución, relacionadas con el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva ordenando al órgano público, esta vez un órgano jurisdiccional el cumplimiento de las referidas políticas, reconocidas, además en la legislación penal.

4.3.3 Caso 17297-2021-00409 Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros

Para iniciar, se debe plantear que la dependencia jurisdiccional que conoció del caso de estudio (2022) es la Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha.

Acción Presentada: Acción de protección

Legitimado activo: Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo Coordinadora del área Legal de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, David Alberto Cordero Heredia Director del Centro de Derechos Humanos PUCE; José Feliciano Valenzuela Rosero, Director del Centro de Derechos Humanos PUCE.

Legitimados pasivos: Sandra Katherine Argotty Pfeil, Secretaria Técnica planifica Ecuador, Diana Salazar Méndez, Fiscal General del Estado, Procuraduría General del Estado, Lenin Voltaire Moreno Garcés, Presidente de la República, César Litardo Caicedo, Presidente de la asamblea nacional pedro crespo en su calidad de director general del consejo de la judicatura

4.3.3.1 Identificación de la tensión jurídica

En relación con la tensión jurídica que motiva esta acción de protección (2022), resulta necesario aclarar que este caso cuenta con la peculiaridad de haber sido solicitada, por parte de los accionantes una medida cautelar, previa a la interposición de la acción de protección. La solicitud de medida cautelar se fundamenta en la necesidad urgente de diseñar un Plan que permitiera erradicar el exceso de población

carcelaria en el Ecuador, a fin de proteger la integridad personal psíquica y moral de las personas privadas de libertad. Preocupados por las masacres ocurridas en las cárceles, los directivos del Centro de Derechos Humanos presentaron la solicitud antes comentada, en la que aportaron las bases sobre las que se proponía fuese diseñado el Plan, que constituye, de hecho, una política pública.

En consecuencia, se analizan en este caso (2022), el ejercicio de dos garantías distintas para la protección de los derechos constitucionales de la población carcelaria del Ecuador: la medida cautelar, interpuesta con el objetivo de detener, con carácter inmediato, la violación de los derechos y la acción de protección, encaminada a dar solución definitiva a las causas que motivan tales violaciones.

En ese contexto, la medida cautelar que exigía la detención inmediata de las violaciones a los derechos humanos en los centros penitenciarios del Ecuador, mediante la elaboración de una política pública al respecto, proponía las siguientes bases para su redacción: 1) tener en cuenta la cantidad de personas que pueden ser internadas en cada centro de detención, en dependencia de sus capacidades; 2) la cantidad de guías penitenciarios disponibles, según las reglas internacionales; 3) el estricto acatamiento de las medidas higiénico sanitarias dispuestas por el Centro de Operaciones de Emergencias, COE, nacional, como consecuencia de la pandemia del COVID 19, incluido el distanciamiento social (Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, 2022).

Siguiendo la exposición de sus alegaciones en el caso referido (2022), la parte accionante propone la participación de la sociedad civil, los científicos y diferentes expertos en centros penitenciarios, con el objetivo de garantizar que la política pública, cuente con diferentes perspectivas, incluyendo la de género y derechos humanos. En fecha 5 de marzo de 2021, el juez concedió a los accionantes el pedido, disponiendo que el referido Plan, fuese elaborado en el plazo de 5 días, contados a partir de la notificación del Auto y ejecutado en el plazo de los 30 días posteriores.

En ese orden y luego de transcurridos más de ocho meses desde la notificación de la resolución judicial, sin que se hubiese cumplimentado la elaboración de la política pública se invoca nuevamente la protección del órgano jurisdiccional, esta vez para solicitar la ejecutoria del amparo concedido bajo la acción de protección y forzar la elaboración e implementación del Plan ordenado, cuyo objetivo de proteger la vida,

la integridad personal psíquica y moral de las personas privadas de libertad en el Ecuador (Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, 2022).

4.3.3.2. Derechos constitucionales vulnerados

En este sentido, los derechos constitucionales que se consideraron violados en los centros penitenciarios y que justificaron la medida cautelar, fueron:

- **Derecho a la vida:**

Por su parte, este derecho se encuentra refrendado en la Constitución (2008) en el artículo 66.1, que declara la inviolabilidad de este derecho y la prohibición de la pena de muerte. Las condiciones insalubres, de hacinamiento, violencia y las masacres suscitadas en los centros penitenciarios constituyen evidencias de la violación de ese derecho en los centros penitenciarios del país.

- **Derecho a la integridad personal psíquica y moral.**

Respecto a este derecho, establece la Constitución (2008) en su artículo 66.3 el derecho de todas las personas de disfrutar de una vida exenta totalmente de violencia, tanto en el ámbito público, como en el privado. El mencionado artículo declara, además, la obligación del Estado de adoptar las medidas que resulten necesarias para garantizar la integridad psíquica, física y moral de todas las personas. La Sala, en la sentencia en estudio, aludió también al artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que proclama el derecho inviolable de los seres humanos a la vida, la libertad y la seguridad personal (Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, 2022).

En este sentido, la situación de extrema violencia reinante en estos centros afecta tanto a las víctimas directas del maltrato físico, como las que reciben el impacto psicológico de la inseguridad, el temor y el constante peligro a su integridad física.

- **Derecho a la seguridad jurídica**

Con respecto a este derecho, fueron expuestos en el primer caso, los fundamentos constitucionales del artículo 82 de la Carta Magna (2008). Se considera oportuno precisar que, en este caso, se entiende que este derecho fue violentado por parte de las autoridades de los centros penitenciarios que irrespetaron todas las normas establecidas a nivel Constitucional y reglamentario, dirigidas a garantizar los derechos constitucionales de los reclusos de los centros penitenciarios.

- **Derechos de las personas con doble vulnerabilidad**

Con respecto a este derecho, se esgrime el fundamento del artículo 35 de la Carta Magna ecuatoriana (2008), que declara la obligación estatal de brindar especial protección a las personas que se encuentren en condiciones de doble vulnerabilidad; siendo ese el caso, en tanto los internos, además de estar privados de libertad, estaban sometidos a situaciones de riesgo y violencia.

Una vez identificado y declarado, por parte del Tribunal, el riesgo cierto en que se encontraba la población penitenciaria de sufrir la violación de todos los derechos constitucionales antes comentados, la Sala advierte que ese riesgo revestía el carácter de inminente e irreparable, dados los valores en peligro y la conmoción en los centros penitenciarios del país. Por tales razones, declaró con lugar la solicitud de medida cautelar y, en consecuencia, dispuso que la Secretaria General Jurídica de la Presidencia, en representación del Presidente de la República y, como Presidenta del Directorio del Sistema Nacional de Rehabilitación, convocase a una reunión, que debía celebrarse en los próximos 5 días hábiles, a fin de adoptar las medidas necesarias para eliminar el exceso de población carcelaria del país (Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, 2022).

Indicó el juez en la sentencia que el referido Plan, es decir, la política pública, debía contar, para su elaboración con la intervención del Sistema Nacional de Atención Prioritaria de Personas Privadas de la Libertad, la Defensoría del Pueblo, las facultades de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de la Universidad Central del Ecuador, las personas que solicitaron las medidas y los integrantes de las demás funciones del Estado demandadas.

La Sala relacionó los aspectos que debía incluir la política pública, que coincide plenamente con los esgrimidos por los accionantes y precisó, que la política pública debía ser integral, correctamente financiada y capaz de ofrecer soluciones efectivas y definitivas a la crisis estructural y social del sistema penitenciario que padece el país (Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, 2022).

Por otra parte, resulta importante precisar que el artículo 87 de la Constitución (2008) autoriza la presentación de medidas cautelares con carácter independientes a las acciones constitucionales de protección de los derechos. Ello permitió a los

accionantes presentar directamente al órgano jurisdiccional la solicitud de medida, aunque no tuviese aparejado la presentación de la acción de protección que, posteriormente fuera interpuesta.

Además de ello, la Sala aplicó directamente el artículo 3 de la Carta Magna (2008), que obliga al Estado a garantizar a todos los individuos, el disfrute efectivo de los derechos reconocidos en ese cuerpo legal y en los instrumentos jurídicos internacionales relacionados con los derechos humanos de los que el Ecuador es parte. (Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, 2022).

Una vez presentada la medida cautelar, los accionantes preparan e interponen una acción de protección, en defensa de los derechos constitucionales de las personas que se encuentran internas en los Centros penitenciarios, teniendo en cuenta que la medida cautelar tan solo detiene o evita la violación de los derechos, pero no repara los daños sufridos.

En este sentido, los accionantes identifican una larga lista de derechos vulnerados, entre los que se encuentran: el acceso a la justicia, rehabilitación social, derecho a la vida, integridad personal, no discriminación y salud de las personas privadas de libertad dentro de los centros penitenciarios y rehabilitación social en el Ecuador, por la falta de una política nacional integral de política penal y rehabilitación social (Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, 2022). De ellos, la Sala consideró probados:

- **El derecho a la seguridad penitenciaria y los derechos conexos de las personas privadas**

Con respecto a este derecho, resulta posible precisar que se encuentra garantizado en los artículos 51, 66.2, 201 y 203 de la Constitución (2008), que establecen los derechos de los reclusos a recibir atención a sus necesidades, a contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar su salud y sus derechos; el derecho a acceder a una vida digna y la obligación estatal de garantizar el respeto de los derechos de todas las personas privadas de libertad.

En ese orden, los derechos conexos se reconocen como los de igualdad y no discriminación, salud, educación, trabajo y protección prioritaria previstos en los artículos 11.2, 33, 35, 51 y 66.4 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

- **Omisión de política penitenciaria a cargo de las entidades accionadas.**

En este sentido, advierte la Sala, que las violaciones demostradas al derecho a la seguridad penitenciaria y los derechos conexos de las personas privadas de libertad evidencia un estado de cosas inconstitucional, sistemático, en los centros penitenciarios del país. Esta situación resulta consecuencia directa de la omisión del Estado y sus instituciones oficiales de adoptar una política pública penitenciaria bien estructurada, acorde a la realidad del país, elaborada con la participación de la sociedad civil y con estricto apego a las disposiciones constitucionales (Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, 2022).

En correspondencia con estos argumentos, la Sala precisa que, por las características del proceso, no resulta posible declarar la violación de los derechos y, consecuentemente, la reparación integral de cada uno de los individuos que así lo sufrieron, razón por la cual declara que todas las personas que se consideren afectada en los derechos antes identificados, presenten las acciones correspondientes, ante los tribunales pertinentes.

Además de ello, la Sala ordena al Estado y a las entidades encargadas de garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, la ejecución, en el plazo de un año de una política pública, encaminada a garantizar un nivel mínimo de dignidad de vida de las personas internas en los centros de rehabilitación social, impidiendo el hacinamiento, al mismo tiempo que se favorezca la participación de las personas privadas de libertad, familiares, organizaciones de la sociedad civil y universidades (Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, 2022).

Continúa la Sala ordenando la elaboración de protocolos suficientes para evitar el ingreso de armas y sustancias a estos centros, controlar la actuación de los funcionarios para evitar actos de corrupción interna y otorgar especial atención a las necesidades de salud, educación y trabajo a estas personas. Los referidos protocolos deberán prever también la capacitación e instrucción de los agentes de seguridad que laboran al interior de estos centros, a fin de evitar la ocurrencia de trato crueles o

degradantes a los internos. Finalmente, la Sala ordena a la Defensoría del Pueblo, el seguimiento de las disposiciones hechas, a fin de garantizar su cumplimiento. (Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, 2022).

4.3.3.3 Elementos que la sentencia aporta para la construcción de un sistema de control judicial de política públicas

Con respecto a este acápite, resulta importante destacar que tanto en la medida cautelar dispuesta, como en la sentencia que resuelve la acción de protección, se considera que el tipo de intervención efectuada por el órgano jurisdiccional es la juridificar la política pública. La propia sentencia declara que el instrumento jurídico constituye una forma de intervención judicial en la política pública como instrumento de inclusión de los derechos humanos.

En este sentido, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el segundo de los capítulos de este trabajo, este tipo de intervención judicial coincide con el supuesto en que el juez interviene para declarar la falta de acción los otros poderes del Estado, ante una omisión inconstitucional del Estado, que no ha adoptado medidas de protección, a pesar de que existen derechos constitucionales en peligro.

En este caso y, siguiendo los postulados doctrinales, el juez no formula la política: indica las bases sobre las cuales debe ser adoptada, en función de los derechos constitucionales a proteger y establece, posteriormente, los mecanismos de control necesarios para garantizar su efectiva ejecución. En este caso ordenó a la Defensoría de Pueblo, la verificación del cumplimiento y el deber de informar al respecto, lo cual fue cumplimentado.

4.3.4 Caso 282-13-JPF. Sentencia No. 282-13-JP/19 Corte Constitucional del Ecuador

A continuación, se analiza un caso resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador.

Acción Presentada: Acción de Protección

Dependencia jurisdiccional: Corte Constitucional del Ecuador.

Legitimado activo: Subsecretario Nacional de la Administración Pública, patrocinado por funcionarios públicos de la Secretaría Nacional Jurídica de la Presidencia de la República, a nombre de la Función Ejecutiva y el Gobierno Nacional.

Legitimados pasivos: Diario La Hora, Editorial Minotauro SA.

4.3.4.1 Identificación de la tensión jurídica

En relación a la tensión jurídica de este caso (2019), resulta procedente explicar que se produjo como consecuencia de una publicación efectuada por el Diario La Hora, el día 10 de octubre del año 2012, denominado: "2012: 71 millones en propaganda". El artículo en cuestión afirmaba esa cifra de gasto del gobierno nacional en campañas publicitarias, refiriendo como fuente de información, el centro de monitoreo de la Corporación Participación Ciudadana (CPC) (Sentencia No. 282-13-JP/19 , 2019).

Como consecuencia de esa publicación, como se expone en la sentencia (2019), el Subsecretario Nacional de la Administración Pública, mediante oficio No. PR-SSADP-2012-001513-O de 11 de octubre de 2012, exigió al medio de comunicación la rectificación de la información publicada, aportando los datos oficiales, que representaban un porcentaje 736,3 % menos que el referido por el Diario. El subsecretario exige la rectificación de la información, al amparo del artículo 66.7 de la Constitución, que protege el derecho a la integridad personal, en su variante de recibir la rectificación de informaciones falsas o inexactas, en el mismo medio de comunicación social, por el que fuera emitido (Sentencia No. 282-13-JP/19 , 2019) .

Ante este reclamo, el Diario se limitó a informar de la exigencia recibida, sin hacer comentario alguno. Razón por la cual, los accionantes consideran que los derechos de honor y de intimidad de la administración pública y, en especial la Función Ejecutiva habían sido violentadas e interponen ante el Juzgado Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha, una acción de protección, solicitando que se declare inconstitucional la publicación hecha por el Diario y la obligación de una disculpa pública, en el mismo lugar y con igual extensión que la publicación que se rechazaba (Sentencia No. 282-13-JP/19 , 2019).

En este contexto, el juez de primera instancia declara que el primer artículo publicado vulnera el derecho a la información veraz, prevista en el artículo 18.1 de la Constitución (2008) en tanto las considera inciertas y la segunda publicación, vulnera el derecho a la rectificación, en los términos invocados por los accionantes y, en calidad de reparación, dispuso la publicación de disculpas en el propio Diario. Advirtió el juez que la publicación no podría ofrecer dudas acerca de la intención de disculparse

y que debería abarcar el mismo espacio y emplear los mismos caracteres que el artículo en debate (Sentencia No. 282-13-JP/19 , 2019).

Siguiendo la exposición del caso, la sentencia en estudio (2019) explica que la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Diario, argumentando el perjuicio que significa para la honra y la intimidad de la persona jurídica, en este caso, el Estado, la no rectificación de las informaciones aportadas, en atención a la gran influencia que los medios de comunicación tienen sobre la población.

Resulta necesario precisar, que la Corte Constitucional recibe el proceso, en virtud del artículo 25.1 de la Ley de Garantías, que ordena remitir a esa instancia, todas las sentencias ejecutoriadas, que versen sobre garantías constitucionales, con el objetivo de ser conocidas y, eventualmente, seleccionadas para su revisión, como fue el caso. Las sentencias emitidas por la Corte, bajo estos supuestos, tienen carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales del país.

4.3.4.2 Derechos constitucionales vulnerados.

No se detectaron derechos constitucionales violentados.

4.3.4.3 Elementos que la sentencia aporta para la construcción de un sistema de control judicial de política públicas.

En atención a los elementos que se aportarán más adelante, la sentencia No. 282-13-JP/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, (2019) constituye un claro ejemplo de intervención del juez para valorar la política pública. El juez parte en su sentencia de un análisis técnico jurídico de las razones por las que una persona jurídica no es titular del derecho a la honra y a la intimidad, en tanto ambos derechos resultan privativo de los seres humanos.

En ese sentido, la Corte esgrime los artículos 10 y 11.7, de la Constitución (2008) explicando que su redacción no deja dudas que el reconocimiento de esos derechos está dirigido a las personas naturales, físicas o colectivos de personas, excluyéndose, por tanto, al Estado y sus instituciones, que son los obligados a protegerlos y respetarlos.

Una vez sentadas las bases, el juez constitucional explica las diferencias entre la legitimación activa y la legitimación pasiva en los procesos de garantías constitucionales y su posible uso por parte de las instituciones y organismos estatales, a fin de evitar la desnaturalización de la figura de la acción de protección y el abuso del poder público de su posición frente a los particulares (Sentencia No. 282-13-JP/19 , 2019).

A continuación, efectúa una excelente, detallada y esclarecedora valoración acerca de la política pública ecuatoriana respecto a la libertad de expresión, sus límites, su importancia en la defensa de la democracia, el ejercicio de su dimensión social por parte de los medios de comunicación. La Corte advierte las contadas excepciones reconocidas por el Ecuador a la libertad de expresión, como son los discursos de odio, y resalta que, de ninguna manera están incluidas en ellas las expresiones o informaciones contrarias al criterio de los representantes de los poderes del Estado (Sentencia No. 282-13-JP/19 , 2019).

Respecto a ese tema, la Corte explica la protección reforzada de que disfruta la libertad de expresión en aquellos asuntos de interés público, en virtud del escrutinio popular al que deben estar sometidas todas las acciones y omisiones de los funcionarios e instituciones estatales, y resalta la importancia que la libertad de expresión reviste para la democracia y el debate abierto y transparente de la actuación estatal.

Más adelante, la Corte (2019) realiza una valoración detallada de la política pública ecuatoriana, respecto al contenido y alcance del derecho de rectificación invocado por el accionante y su relación con el derecho a recibir informaciones veraces, contrastadas y oportunas, previstas en el artículo 18.1 del texto constitucional (2008). En igual sentido, indica otros medios menos restrictivos y más abiertos, participativos y democráticos que los procesos judiciales, que pueden ser empleados por las autoridades para aclarar cualquier información que considere inapropiada o inexacta.

Finalmente, la Corte (2019), en atención a los errores cometidos por los jueces de primera y segunda instancia, considera necesario incrementar la capacitación de los jueces de la nación, respecto a uso de la acción de protección, y de los derechos constitucionales antes analizados, por lo que dispuso que el Consejo de Judicatura, por

medio de la Escuela de la Función Judicial, efectuase en el año 2020, como mínimo una capacitación, que pudiere impartirse de manera presencial o virtual, dirigida a todos los jueces, en la cual se incorporen los temas relacionados con las garantías constitucionales, en especial, la acción de protección y el contenido de la sentencia en estudio.

En resumen, la sentencia constituye un lúcido análisis, objetivo y esclarecedor de la política pública ecuatoriana respecto libertad de expresión y del derecho de rectificación, sus fundamentos constitucionales y de derecho internacional, lo cual se aviene a la perfección con la tipología de intervención identificada, es decir, la intervención del juez para valorar la política pública.

Una vez estudiados los casos antes expuestos, resulta posible aseverar que la capacidad de los jueces para llevar a la práctica la regulación jurídica de la acción de protección, permite cumplir con los objetivos constitucionales propuestos, es decir, garantizar a los ciudadanos el efectivo y libre ejercicio de sus derechos, mediante el control del cumplimiento de las políticas públicas y la intervención judicial para que sean elaboradas, en aquellos casos en que las autoridades competentes, incurran en omisiones.

CONCLUSIONES

En atención a los argumentos hasta aquí expuestos resulta posible afirmar que se lograron los objetivos trazados para desarrollar la investigación. En ese sentido se concluye:

Primero: Que, las políticas públicas constituyen las respuestas a problemas políticamente identificados como de interés público, que se elaboran mediante un proceso interactivo entre los diferentes actores sociales y estatales que seleccionan, en el marco de la legalidad y en un contexto específico, las medidas de actuación y los recursos a corto, mediano y largo plazo que tributan a los valores, fines y objetivos de una determinada sociedad. Estas pueden ser distributivas, redistributivas de carácter fiscal o social, regulatorias, institucionales o constitucionales, en dependencia del importe de los costos y de quién los cubre total o parcialmente.

Segundo: Se demuestra que, el reconocimiento constitucional de los procesos relacionados con la elaboración y ejecución de las políticas públicas en la República del Ecuador ha evolucionado desde la Constitución aprobada en 1929 hasta la vigente de 2008, en que la planificación de las políticas públicas se realiza mediante el Plan Nacional de Desarrollo que constituye la máxima directriz política y administrativa para el diseño y aplicación de la política pública.

El proceso de desarrollo de la política pública reconocido por la doctrina está compuesto por las fases de: identificación del problema; formulación de soluciones; toma de decisiones; decisión en estricto sentido; implementación de la política pública y evaluación de la política pública. En la República del Ecuador, el proceso consta de las fases de elaboración, coordinación, implementación, seguimiento y valoración, constituyendo la coordinación, parte de la formulación, y el seguimiento, parte de la implementación. Por tal razón, puede afirmarse que el ciclo de las políticas públicas establecido en el Ecuador, coincide con el formulado por la doctrina.

En los procesos de evaluación y control de las políticas públicas se establecen mecanismos de control de la legalidad de las actuaciones, siendo uno de ellos las garantías constitucionales, en específico, la acción de protección, que constituye un mecanismo de rango constitucional que pueden activar los individuos para exigir el restablecimiento de sus derechos fundamentales o evitar su vulneración, por lo que garantiza el principio de supremacía constitucional.

Tercero: La acción de protección es una garantía jurisdiccional consagrada en la Constitución de la República del Ecuador, procede cuando los derechos constitucionales resultan vulnerados por la acción u omisión de un particular o un funcionario y no se prevea otro mecanismo específico para proteger el derecho violentado. Constituye la acción constitucional que autoriza a los jueces a intervenir en las políticas públicas para juridificar la política pública, valorarla, generar una política pública o declarar la falta de acción de los otros poderes del Estado.

La acción de protección para el control jurisdiccional de una política pública, no procede en la fase de formulación de la solución, en tanto constituye una fase de creación que no trasciende del marco intelectual, como tampoco procede en la fase de toma de decisiones, puesto que no se han realizado acciones tendentes a su ejecución, por lo que aún no se han puesto en peligro los derechos constitucionales.

Los procesos para el control jurisdiccional de una política pública en el Ecuador pueden revestir la tipología de procesos de constitucionalidad ordinario, donde se analiza la constitucionalidad de normas jurídicas, convocatorias a referendos, entre otros; procesos de constitucionalidades especiales, para examinar las objeciones del Presidente a los proyectos de Ley Procesos constitucionales atípicos, donde el juez puede intervenir en la implementación de una política pública, en forma de norma jurídica.

Cuarto: El control jurisdiccional de las políticas públicas relacionadas con la protección y desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales y que impacten el medio ambiente, los recursos naturales y, consecuentemente, el desarrollo sostenible constituye una estrategia indispensable para lograr la identificación e implementación de las soluciones correctas, en el marco del estricto cumplimiento de las normas jurídicas internacionales y de la necesaria protección de los referidos recursos.

Quinto: Que, la acción de protección constituye una eficiente y eficaz garantía de protección del libre ejercicio de los derechos constitucionales, ofreciendo a las víctimas y perjudicados no sólo el reconocimiento del derecho violentado, también mecanismos de compensación y, en lo medida de los posible, de reparación de los daños, sufrimientos y perjuicios causados.

En ese sentido, el análisis de las sentencias emitidas por diferentes órganos jurisdiccionales de la República del Ecuador, evidencia diferentes tipologías de intervención judicial reconocidas en la doctrina, en especial, la juridificación de la política y su valoración.

RECOMENDACIONES

En atención a la problemática estudiada, se formulan las siguientes recomendaciones:

Primera: Se recomienda a los funcionarios y miembros de las instituciones estatales encargados de la formulación e implementación de las políticas públicas, que fortalezcan e incrementen su preparación tal tarea, lo que permitirá la identificación de la mejor solución para los problemas sociales más acuciantes del Ecuador, y el orden de prioridad para su solución, en atención a la realidad económica del país.

Segunda: Recomendar al Consejo de Judicatura, que continúe los cursos, diplomados, capacitaciones ofertadas por la Escuela de la Función Judicial, con el objetivo de incrementar las competencias y el dominio de los jueces con respecto a las diferentes formas en que pueden proteger el ejercicio de los derechos constitucionales e intervenir en las políticas públicas mediante la acción de protección.

Tercero: Que, las Universidades, académicos y profesionales del Derecho, continúen y profundicen el estudio realizado acerca de las políticas públicas y la acción de protección, enriqueciendo su contenido y extendiendo su alcance a otras garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución ecuatoriana.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. (2005). Líneas de Trabajo sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Herramientas y Aliados. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 188-223.

Abramovich, V., & Curtis, C. (2002). *Los derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Aguilar, G. (2020). El contenido y los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental. *Ius et Praxis*, 78-113.

Aguilar, L. (2013). *El estudio de las políticas públicas*. México D.F, Mexico: Porrúa.

Aguilar, L. F. (1993). *Hacia una Disciplina de las Políticas Públicas*. México D.F, Mexico: Perfiles Latinoamericanos.

Aguilar, L. F. (2007). *La Hechura de las Políticas Públicas*. México D.F, Mexico: Porrúa.

Albaladejo, G. P. (2014). *Elementos Conceptuales y Analíticos de las Políticas Públicas*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Albanese, S., & García, F. (2012). *Pensar en Derecho*, Primera edición. Buenos Aires : Universidad de Buenos Aires .

Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arango, R. (2005). *El Concepto de Derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.

Arciniega, H. (2011). *Garantías Constitucionales*. Quito: Corte Constitucional}.

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución 2008*. Montecristi: Registro Oficial No 449 de 20 de octubre de 2008.

Asamblea General. (1987). *Nuestro Futuro Común, Informe Brutland*. Nueva York: Naciones Unidas, A/42/427.

Asamblea General. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Nueva York: Naciones Unidas, A/RES/217(III).

Asamblea General. (1966 a). *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York: Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI).

Asamblea General. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York: Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI).

Asamblea General. (1969). *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. Nueva York: Naciones Unidas.

Asamblea General. (1986). *Resolución 41/128, Declaración Sobre el Derecho al Desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas, A/RES/41/128.

Asamblea General. (1992 a). *Programa 21*. Río de Janeiro: Naciones Unidas A/CONF.151/26/REV.1.

Asamblea General. (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente*. Río de Janeiro: Asamblea General, A/CONF.151/26.

Asamblea General. (2002 a)). Plan de Acción de Johannesburgo. Johannesburgo: Naciones Unidas.

Asamblea General. (2002). Declaración de Johannesburgo. Johannesburgo: Naciones Unidas.

Asamblea General. (2015). Objetivos de Desarrollo Sostenible. Nueva York: Naciones Unidas, Resolución 70/1.

Asamblea Nacional. (1929). Constitución Política de la República del Ecuador. Quito: Asamblea Nacional, Registro Oficial 138 del 26 de marzo de 1929.

Asamblea Nacional. (2009). Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional. Quito: Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Asamblea Nacional. (2010). Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Quito: Registro Oficial Suplemento 306 de 22 de octubre de 2010.

Asamblea Nacional Constituyente. (1946). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Asamblea Nacional Constituyente, Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946.

Asamblea Nacional Constituyente. (1967). Constitución Política. Quito: Asamblea Nacional Constituyente, Registro Oficial 133 , 25 de mayo de 1967.

Asamblea Nacional Constituyente. (1979). Constitución Política de la República del Ecuador. Quito: Asamblea Nacional Constituyente, Registro Oficial 800 de 27 de Marzo de 1979.

Asamblea Nacional Constituyente. (1998). Constitución Política de la República del Ecuador. Quito: Asamblea Nacional Constituyente, Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998.

Atria, F. (2005). ¿Existen derechos sociales? Discusiones, 15-59.

Ávila, M. (2010). Control Constitucional y políticas públicas. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Tesis de Maestría.

Ávila, R. (2010). Las garantías consitucionales: Perspectiva andina. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla , 77-93.

Ávila, R. (2011). Del Amparo a la Acción de Protección. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar.

Bardach, E. (2013). Los ocho pasos para el análisis de Políticas Públicas. México D.F., Mexico: Porrúa.

Barros, S., & Castellani, A. (2016). Estudio sobre Estado, Gobierno y Administración Pública en la Argentina contemporánea. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Bartolomé, Á. (2017). Valoración de políticas públicas regulatorias. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

Bellamy, R. (2012). Rights as democracy. Critical review of social and political philosophy, 449-471.

Berizonce, R. (2015). El principio general del abuso del derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 29-39.

Boaventura, S. (2013). Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas. En S. Boaventura, & M. García, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, tomo I (págs. 765-802). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Bolivar, A. (2016). Aspectos de las políticas institucionales para el análisis político. *Sociológica*, 14(39), 9-39. Recuperado el 24 de mayo de 2022, de <https://www.redalyc.org/pdf/3050/305026676002.pdf>

Boneti, L. (2017). *Políticas públicas por dentro*. Buenos Aires: CLACSO.

Canto, M. (2002). *Participación Ciudadana y Políticas Públicas en el Municipio*. México D.F., Mexico: Porrúa.

Canto, R. (2016). *Análisis de las políticas públicas*. Ciudad México: UNAM.

Carbonell, M. (2010). *Neo Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Quito: Editora Jurídica.

Cardozo, M. (2012). *La evaluación de políticas y programas públicos. El estado del arte*. México: Universidad Autónoma de México.

Cardozo, M. (2013). *Políticas públicas: los debates de su análisis y evaluación*. *Andamios*, 10(21), 39-59.

Caso Freddy Carrión Intriago (Defensor del Pueblo del Ecuador) y otros vs Lenin Moreno Garcés (Presidente de la República) y otros, 17230-2020-07856 (Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha 9 de septiembre de 2020).

Caso Luis Alberto Salas Klocker y otros vs Ministerio de Economía y Finanzas y otros., 17981-2021-00234 (Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha 2021).

Caso Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, 17297-2021-00409 (Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha 2022).

Chaires, J. (2004). La independencia del poder judicial. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 37(110).

Cianciardo, J. (2003). Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 891-906.

Consejo de Derechos Humanos. (2003). *Los derechos humanos y el medio ambiente como parte del desarrollo sostenible*. Nueva York: Asamblea General, E/CN.4/RES/2003/71.

Cruz, J. (2007). *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Trotta.

Cueva, L. (2010). *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Tomo I. Quito: Ediciones Cueva.

Del Toro, M. (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 513-536.

Diario el Telégrafo. (13 de Mayo de 2020). <https://www.eltelegrafo.com.ec/>. Recuperado el 3 de Junio de 2022, de Corte Constitucional resuelve suspensión

temporal del recorte universitario:
https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/corte-constitucional-suspension-recorte?fbclid=IwAR3irUnfmXob_x8fg0GokCjfSEcaLDMVIQ38IX3A1tA0C_4_ERsvy6OISVs

Díaz, C. (2016). Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 9-48.

Dussán, E. (2015). Decisiones judiciales como políticas públicas. *Revista Jurídica Piélagus*, 43-57 .

Elmore, R. (1978). Organizational Models of Social Program Implementation. *Public Policy*, 26(2), 35-61.

Espinoza, O. (2009). Reflexiones sobre los conceptos de "política", políticas públicas y política educacional. *Archivos Analíticos de Políticas Educativas*, 17(8), 1-13.

Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Foro Jurídico. (7 de Abril de 2020). <https://forojuridico.mx/>. Recuperado el 3 de Junio de 2022, de Ordena Juez a AMLO dar apoyos fiscales a empresas por Covid 19: <https://forojuridico.mx/ordena-juez-a-amlo-dar-apoyos-fiscales-a-empresas-por-covid-19/>

Foy, P. (2008). Soft law y derecho internacional ambiental. Algunas aplicaciones nacionales. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 65-84.

Garrido, M. (2007). *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Dilex S.L.

González-Arruti, C. (2015). El derecho internacional del medio ambiente y el principio de precaución: Una atención a los organismos vivos modificados (OVM). *Dikaion*, 307-335.

Grijalva, A. (2009). Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional. En S. Andrade, A. Grijalva, & C. Storini, *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (págs. 255-307). Quito: UASB/Corporación Editora Nacional.

Guardamagna, M., & Reyes, M. (2019). El desafío de la implementación de políticas públicas participativas para el desarrollo del territorio. *Economía, Sociedad y Territorio*, XVIII(59), 1003-1033.

Guastini, R. (1999). Concepciones de las fuentes del derecho. *Isonomía*, 167-176.

Haas, E. (2010). TCF Federal: Juridificación de la política - Politización de la justicia. *Estudios Constitucionales*, 367 - 378.

Henoa, J. (2013). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 15(29), 67-102.

Hesse, K. (2001). Significado de los derechos fundamentales. En E. Brenda, K. Hesse, W. Maihofer, H. Vogel, & W. Heyde, *Manual de Derecho Constitucional* (págs. 72-95). Madrid: Marcial Pons.

Hindriks, F. (2005). *Rules & Institutions: essays on meaning, speech acts and social ontology*. Netherlands: Haveka BV.

Jadán, D. (2013). *Los modelos de integración del Consejo de la Judicatura y su relación con la independencia del Poder Judicial*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Tesis de Maestría.

Jaramillo, V. (2011). *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*. Quito: CEP Corporación.

Jaria-Manzano, J. (2019). *Los principios del derecho ambiental: Concreciones, insuficiencias y reconstrucción*. *Ius et Praxis*, 403-432.

Jiménez, L. (2001). *Desarrollo sostenible y economía ecológica*. Madrid: Editorial Síntesis.

Juste, J. (1999). *Derecho internacional del medio ambiente*. Madrid: McGraw Hill.

Knoepfel, P., Larrue, C., Frédéric, V., & Hinojosa, M. (2007). *Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo. Un enfoque basado en los actores, sus recursos y las instituciones*. *Ciencia Política*, 6-29.

La Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). *La Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Asamblea Nacional.

Landa, C. (2016). *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra.

López, J. (2006). *La ventana de oportunidades del gobierno abierto en España: un análisis desde el ámbito local*. Madrid: Instituto Universitario de investigación Ortega y Gasset.

López-Medina, D., & Sánchez-Mejía, A. (2008). *La Armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el derecho penal colombiano*. *Revista Colombiana de Derecho*, 317-352.

López-Zambrano, A. (2017). *La acción de protección su eficacia y aplicación en el Ecuador*. *Dom. Cien*, 155-177.

Mancero, M. (2016). *Acción de protección: un estudio desde la jurisprudencia en el Ecuador*. Quito: UASB.

Mayntz, R. (2001). *El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna. Reforma y democracia*, 7-22.

McGoldrick, D. (1996). *Sustainable development and human rights: an integrated conception*. *International and Comparative Law Quarterly*, 796-818.

Montero, J. (1990). *Independencia y responsabilidad del juez*. Madrid: Civitas.

Moreno, R. (2006). *Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli*. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 3-39.

Nava, C. (2016). *El Acuerdo de París. Predominio del soft law en the Climate Regime*. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 99-135.

Navarro, C. (2008). *El estudio de las políticas públicas*. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de México*, 231-255.

OEA. (1978). Convención Americana sobre los Derechos Humanos . San José de Costa Rica: Organización de Estados Americanos.

Oficio, Caso No. 17981-2021-00234 (Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha 10 de Noviembre de 2021).

Ortiz, L. (2018). La interpretación constitucional desde la teoría de la razonabilidad. *Via Iuris*, 27-40.

Pamela Alexandra Chiriboga Arroyo y otros vs Sandra Katherine Argotty Pfeil y otros, Caso No. 17297-2021-00409 (Dependencia Jurisdiccional: Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha 12 de Enero de 2022).

Parson, W. (2007). Políticas Públicas: Una introducción a la teoría y a la práctica del análisis de políticas públicas. México D.F: Miño y Dávila.

Peña, A. (1997). La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid: Trotta.

Pérez, A. (1999). Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución. Madrid: Tecnos.

Perlingeiro, R. (2014). ¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales? Río de Janeiro: Universidad Federal Fluminense.

Perrow, C. (1991). Sociología de las organizaciones. . Madrid: Mac Graw Hill.

Piñango, R. (2003). Políticas públicas en América Latina, Teoría y práctica. Caracas: Ediciones IESA.

Pisarello, G. (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta.

Pisarello, G. (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta.

Quinche- Ramírez, M., & Rivera-Rugeles, J. (2010). El control de las políticas públicas. *Vniversitas Bogotá*(121), 113-138.

Repetto, F. (2001). Gestión Pública y desarrollo social en los 90: Las trayectorias de Argentina y Chile. Buenos Aires: Prometeo.

Rey, E. (2010). El derecho procesal constitucional. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.

Riveros, D. (2010). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural. *Revista Derecho del Estado*, 29-43.

Rodrigo, Á. (2012). El principio de integración de los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible. *Revista Española de Derecho Internacional*, 133-161.

Rodrigo, Á. (2015). El desafío del desarrollo sostenible: los principios de Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible. Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez, J., & Vicente, D. (2009). Aplicabilidad y validez de las normas del derecho internacional. *Doxa*, 177-204.

Sagüés, N. (2010). Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales. *Diálogo Político*, 527-541.

Salazar, S. (2013). Fundamentación y estructura de los derechos sociales. *Revista de derecho (Valdivia)*, 69-93.

Salgado, H. (2004). *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana. Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador*,. Quito: Corporación Editorial Nacional.

SENPLADES. (2009). *Manual para la Formulación de Políticas Públicas Sectoriales*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

Sentencia 1035-12-EP/20, 1035-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de Enero de 2020).

Sentencia , 17230-2020-07856 (Unidad Judicial Civil de la Parroquia Iñaquito, Distrito Metropolitano de Quito 15 de 09 de 2020).

Sentencia , 17460-2020-01647 (Unidad Judicial de Transito del Distrito Metropolitano de Quito 4 de Junio de 2020).

Sentencia No. 0087-16-SEP-CC, No. 0965-10-EP (Tribunal Constitucional del Ecuador 16 de Marzo de 2016).

Sentencia No. 164-15- SEP-CC, No 0947-11-EP (Tribunal Constitucional del Ecuador 19 de Junio de 2015).

Sentencia No. 251-15-SEP-CC, 0315-14-EP (Corte Constitucional del Ecuador 4 de Septiembre de 2015).

Sentencia No. 282-13-JP/19 , 282-13-JPF (Corte Constitucional del Ecuador 4 de Septiembre de 2019).

Sentencia No. 33-20-IN y acumulados, No. 33-20-IN y acumulados (Corte Constitucional del Ecuador 5 de mayo de 2021).

Sentencia No.001-10-PJO-CC, Caso No. 0999-09-JP (Corte Constitucional de Ecuador 22 de Diciembre de 2010).

Sentencia Nro. 037-13-SCN-CC, 0007-11-CN (Corte Constitucional del Ecuador 16 de 07 de 2013).

Sentencia Nro. 146-14-SEP-CC , 1773-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 1 de Octubre de 2014).

Sentencia Nro. 241-16-SEP-CC, 1573-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 3 de 8 de 2016).

Simón, D. (1985). *La independencia del juez*. Barcelona: Ariel.

Solís, J. (2019). Un marco de análisis para el estudio histórico de las políticas públicas . En J. Ponce, & J. Solís, *Historia y políticas públicas* (págs. 25-48). Granada: Comares.

Subirat, J. (1989). *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*. Madrid: INAP.

Sustein, C., & Holmes, S. (2011). *El costo de los derechos*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Torres, J. (2017). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. *Revista de derecho Universidad del Norte*, 138-166.

Valencia, H. (2016). Derecho Internacional Público. Medellín : Libretía Jurídica Sánchez.

Valverde, M. (1996). Principios generales del derecho ambiental internacional. *ILSA Journal of IntL & Comparative Law*, 415-432.

Vaquero, B. (2007). La Implementación de las políticas públicas. *Díkaion*, 135-156.

Vargas, C. (13 de junio de 2017). Análisis de las políticas públicas. *Perspectiva*, II(3), 127-136. Recuperado el 28 de mayo de 2022, de <https://www.redalyc.org/pdf/4259/425942453011.pdf>

Waldron, J. (1993). A right-based critique of constitutional rights. *Oxford journal of legal studies*, 18-51.

Weimer, D. (2015). La evolución del análisis de políticas en Estados Unidos: cuatro fuentes de demanda. *Foro Internacional*, 540-575.

Zapata, F. (2005). Condiciones estructurales de una eficiente juridificación de las expectativas normativas. *Revista de Estudios de Justicia*, 251-264.