



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
EN EL ÁMBITO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

**Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en
Derecho Constitucional**

Autora: Lily Ku Yanasupo

Asesor: Félix Francisco Morales Luna

**Jurado: Cesar Rodrigo Landa Arroyo
Félix Francisco Morales Luna
Elena Cecilia Alvites Alvites**

Lima, 2013

A mis padres y a mis hermanas, que con el sólo hecho de estar siempre allí han colaborado con la culminación de esta investigación. Y, en especial, a Fernando Cuadros Luque, por nuestras inagotables discusiones que siempre han motivado en mí la búsqueda de la respuesta más justa, más humana.



LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I: NORMAS CONSTITUCIONALES, JUEZ CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA Y POLÍTICA.....	9
SUB CAPÍTULO 1: ESTADO CONSTITUCIONAL Y NORMAS CONSTITUCIONALES.....	10
1. El paradigma del Estado Constitucional, la democracia y la doble dimensión de los derechos fundamentales.....	12
1.1 El paradigma del Estado Constitucional.....	12
1.2 La noción de Constitución.....	14
1.3 La democracia como “regla de la mayoría” y la Constitución.....	18
1.4 La doble dimensión de los derechos fundamentales.....	22
1.5 El Estado Social y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.....	25
2. Tipo de normas constitucionales que constituyen mandatos de optimización para los poderes públicos.....	29
3. El rol de la jurisdicción constitucional en la democracia: el argumento contramayoritario.....	45
4. Las cuestiones políticas no justiciables vs. el rol de la jurisdicción constitucional como agente de cambio social.....	50
SUB CAPÍTULO 2: LA POLÍTICA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS...	58
1. Régimen político, gobierno y actores en el desarrollo de políticas públicas.....	59
2. El enfoque de derechos en las políticas públicas.....	67
3. La formulación de políticas públicas en el Perú, y el escenario de la conflictividad social.....	72
CAPÍTULO II: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	82
SUB CAPÍTULO 1: EL ROL DE LAS CORTES Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO DE FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	83
1. La Suprema Corte de Estados Unidos y las políticas públicas para la inclusión de las minorías.....	86
1.1 La política pública en materia educativa.....	86
1.2 La política pública en materia laboral.....	89
2. La Corte Constitucional de Colombia y las políticas públicas de desplazamiento forzado y contra el bulliying.....	93

2.1 La política pública de desplazamiento forzado.....	93
2.2 La política pública contra el bullying.....	99
3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y las políticas públicas en materia previsional y de salud.....	101
3.1 La política pública en materia previsional.....	101
3.2 La política pública en materia de salud.....	106
SUB CAPÍTULO 2: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA EXPERIENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO....	110
1. Un caso en el que el Tribunal Constitucional incidió en la reformulación de una política pública: la política de salud concerniente a la prevención y protección contra el SIDA (Exp. N° 2945-2003-AA/TC).....	113
1.1 Estado de la cuestión.....	113
1.2 Naturaleza del derecho protegido.....	114
1.3 Análisis del Tribunal Constitucional.....	117
1.4 Tipo de incidencia en el ámbito de la política pública.....	120
1.4 Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional.....	122
2. Un caso en el que el Tribunal Constitucional incidió en la formulación de una nueva política pública: la política para implementar un sistema de emergencia que proteja, recupere y rehabilite la salud de la población contaminada con plomo en la sangre en la Oroya (Exp. N° 2002-2006-PC/TC).....	129
2.1 Estado de la cuestión.....	129
2.2 Naturaleza del derecho protegido.....	132
2.3 Análisis del Tribunal Constitucional.....	133
2.4 Tipo de incidencia en el ámbito de la política pública.....	137
2.5 Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional.....	139
3. Un caso en el que el Tribunal Constitucional ordenó que el Estado se abstenga de desarrollar una política pública: la distribución gratuita de la denominada "píldora del día siguiente" en el marco del Programa Nacional de Planificación Familiar (Exp. N° 02005-2009-PA/TC).....	142
3.1 Estado de la cuestión.....	143
3.2 Naturaleza del derecho protegido.....	147
3.3 Análisis del Tribunal Constitucional.....	149
3.4 Tipo de incidencia en el ámbito de la política pública.....	150
3.5 Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional.....	153
CAPÍTULO III: EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. UNA PROPUESTA ARGUMENTATIVA.....	157
1. La dignidad humana como base constitucional de las políticas públicas...	158
2. Las políticas públicas como medios de realización de los derechos fundamentales.....	162
3. El juez constitucional: un actor "no clásico" en el proceso de formulación de las políticas públicas.....	166
4. El control constitucional de las políticas públicas: generando gobernabilidad desde las cortes.....	172
5. Riesgos y límites del control constitucional de las políticas públicas.....	180

CONCLUSIONES	189
BIBLIOGRAFÍA	195



INTRODUCCIÓN

Las políticas públicas constituyen un conjunto de acciones y decisiones coherentes, racionalmente adoptadas por los poderes públicos en coordinación con los actores sociales y/o privados, orientados a resolver de manera puntual un problema de naturaleza pública o que afecta a un determinado grupo de individuos en relación con la protección progresiva de sus derechos, para cuyo fin se destinan recursos técnicos, humanos, físicos y económicos de distinta naturaleza.

Bajo la concepción tradicional de que las políticas públicas pertenecen prioritariamente al ámbito de la teoría económica y de la administración pública, que son llevadas a cabo por técnicos en materia presupuestaria, y que éstos se limitan únicamente a aplicar el análisis costo-beneficio para el diseño de las mismas, pocas veces en el ámbito jurídico, y específicamente en el ámbito constitucional, la doctrina aborda con un enfoque de derechos la dimensión jurídica de las políticas públicas.

Este poco tratamiento doctrinal sobre el enfoque de derechos en el diseño de las políticas públicas, evidencia un sesgo en la doctrina jurídica que impide que los derechos sean abordados como un marco regulador establecido en la Constitución que impulsa y delimita la formulación de políticas públicas racionales para el bienestar social.

No obstante, en los últimos tiempos y con el desarrollo de la teoría constitucional, el planteamiento teórico respecto a la dimensión jurídica y constitucional de las políticas públicas resulta mucho más factible a la luz de la creciente incidencia que ha tenido la jurisprudencia constitucional en el ámbito de la acción pública, principalmente para garantizar el reconocimiento de los derechos de naturaleza social, fijando en muchos casos las condiciones mínimas para la satisfacción de derechos tales como la salud, la educación y el trabajo, los cuales forman parte de ese conjunto de derechos básicos cuya satisfacción constituye presupuesto para el ejercicio de las libertades, en especial de los grupos más vulnerables de la sociedad.

Este punto de conciliación entre los derechos y las políticas públicas que trataremos de construir en nuestra investigación -mucho más valioso a nuestro entender en contextos donde lo normativo se encuentra divorciado de la realidad-, debe ser entendido como

otra de las manifestaciones propias del paradigma del Estado Constitucional y de la doble dimensión de los derechos fundamentales. En este tipo de Estado la jurisprudencia constitucional abre una posibilidad para reducir la brecha entre lo normativo y lo fáctico, siendo que la omisión de políticas públicas para la materialización de los derechos fundamentales, o la ineficacia de las existentes, representa el incumplimiento del Estado en la adopción de acciones efectivas para el cumplimiento de ciertos preceptos constitucionales.

Efectivamente, frente a la inacción del poder público en la adopción de planes de acción eficaces para la satisfacción de los derechos, la jurisprudencia de las cortes constitucionales ha jugado un rol fundamental para reorientar el enfoque de las políticas públicas desde la búsqueda de la eficiencia presupuestaria hacia objetivos que realmente permitan medir, sobre la base del respeto de la dignidad humana, el goce efectivo de los derechos fundamentales.

En dicho contexto, motiva nuestro interés para el desarrollo de la presente tesis resaltar la incidencia de la jurisprudencia constitucional, en especial la del Tribunal Constitucional peruano, en el ámbito de las políticas públicas para el goce efectivo de los derechos, ya sea para corregir la omisión estatal, impulsar reformas legales e institucionales de los instrumentos que las conforman, o simplemente generar espacios de diálogo social constructivo para que determinadas minorías puedan expresar sus demandas, fiscalizar o impugnar las decisiones del poder estatal.

Asimismo, nuestra investigación se orienta a alcanzar cuatro objetivos: en primer lugar, determinar, desde la teoría constitucional, el tipo de normas constitucionales que constituyen un mandato al poder público para la formulación de políticas públicas; en segundo lugar, analizar los legados históricos y las características esenciales que han marcado el diseño de las políticas públicas en el Perú; en tercer lugar, verificar el rol que ha jugado la jurisprudencia constitucional en el diseño de las políticas públicas para la protección de los derechos fundamentales, y su interacción con los demás poderes públicos en el Estado Constitucional y Democrático; por último, identificar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, dada su categoría de supremo intérprete de la Constitución, que haya tenido incidencia en las políticas públicas con implicancias de índole social, económico y político.

Para abordar todos los aspectos que constituyen nuestra investigación, ésta se dividirá en tres partes: en el primer capítulo abordaremos diversos aspectos teóricos relacionadas con el Estado Constitucional, la doble dimensión de los derechos fundamentales, los tipos de normas constitucionales y su vinculación con las políticas públicas, y el rol de los jueces constitucionales como agentes de cambio social en la democracia. En este capítulo también analizaremos la teoría de las políticas públicas, sus reglas, instituciones y principales actores, así como las particularidades de las políticas públicas en el contexto peruano.

En el segundo capítulo efectuaremos un análisis jurisprudencial nacional y comparado respecto de aquellas sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional peruano que han tenido alguna incidencia en las políticas públicas, así como importantes repercusiones en la sociedad y en los demás poderes públicos.

En el tercer capítulo, nos centraremos en construir las bases de una línea de argumentación sólida respecto a la posibilidad de la intervención de la jurisdicción constitucional frente a la inacción de los poderes públicos para gestionar políticas coherentes con el Estado Constitucional y los derechos fundamentales, para lo cual se fijarán los elementos sustantivos del control constitucional de las políticas públicas, así como los posibles límites y riesgos de esta intervención.

Por último, nuestra tesis pretende establecerse como una contribución y un referente académico para el desarrollo de posteriores investigaciones en una similar línea de análisis, que tome como base no sólo los aspectos teóricos de nuestra investigación, tales como la vinculación entre las normas constitucionales y las políticas públicas, sino también, aquellos argumentos que buscan afianzar una doctrina jurídica nacional respecto al rol de la justicia constitucional en el ámbito de las políticas públicas.

**CAPÍTULO I: NORMAS CONSTITUCIONALES, JUEZ CONSTITUCIONAL,
DEMOCRACIA Y POLÍTICA.**



SUB CAPÍTULO 1: ESTADO CONSTITUCIONAL Y NORMAS CONSTITUCIONALES.



En este primer capítulo presentaremos algunos aspectos teóricos del Estado Constitucional, la doble dimensión de los derechos fundamentales, los tipos de normas constitucionales y su vinculación con las políticas públicas, y el rol de los jueces constitucionales como agentes de cambio social en la democracia. Todos estos aspectos nos permitirán vincular con mayor claridad las normas que constituyen un mandato a los poderes públicos con el proceso de formulación de las políticas públicas, las obligaciones de dichos poderes para la protección de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional y el papel de la justicia constitucional.

En la segunda parte de este primer capítulo abordaremos algunos conceptos básicos respecto a las políticas públicas y sus procesos de formulación, así como la incidencia crucial de los legados históricos, políticos e institucionales en la estructuración de las mismas, en la perspectiva de ponderar los argumentos en favor y en contra de la intervención de la justicia constitucional en dicho ámbito. En ese sentido, ingresaremos a revisar la teoría de las políticas públicas, sus reglas, instituciones y principales actores.

Debemos tener en cuenta que el proceso de elaboración y diseño de las políticas públicas es una labor que tradicionalmente ha estado reservada a los órganos ejecutivos del Estado, llevada a cabo por técnicos en materia política, económica, sociológica y presupuestaria. La tecnicidad de dicho proceso de alguna manera ha relegado la dimensión jurídica de las políticas públicas y el enfoque de derechos.

Así también, para establecer las principales características de las políticas públicas en el Perú, haremos una revisión de aquellos legados históricos que han marcado decisoriamente la estructuración y el diseño de las políticas públicas en el contexto peruano.

No obstante, veremos que el desarrollo de la teoría constitucional, así como la tipología de las normas constitucionales y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, nos permiten efectuar una construcción teórica respecto a las bases constitucionales de las políticas públicas, entendidas como planes de acción orientados al goce efectivo de los derechos, sin que por ello se pretenda restar tecnicidad a sus procesos de elaboración.

En consecuencia, la utilidad de esta primera parte se halla, en primer lugar, en determinar desde la teoría constitucional el tipo de normas constitucionales que

constituyen un mandato al poder público para la formulación de políticas públicas; en segundo lugar, en establecer los legados históricos y las características esenciales que han marcado el diseño de las políticas públicas en el Perú; y, en tercer lugar, en analizar el rol de la jurisprudencia constitucional en el diseño de las políticas públicas para la protección de los derechos fundamentales, y su interacción con los demás poderes públicos en el Estado Constitucional y Democrático.

1. EL PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, LA DEMOCRACIA Y LA DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.1 El paradigma del Estado Constitucional.

El cambio de paradigma del Estado de Derecho al Estado Constitucional es la base doctrinal sobre la cual se construye la presente investigación. No hay forma de explicar el deber de protección de los derechos fundamentales que tiene el Estado en todas sus actuaciones, si no tomamos en cuenta los contextos, las teorías y las nociones políticas y jurídicas que existen detrás.

Para cumplir dicha tarea, debemos empezar por valorar las posiciones doctrinales en la teoría política y jurídica que coinciden en estudiar al Estado Constitucional como un nuevo paradigma o modelo predominante para el desarrollo de los derechos, lo cual en gran medida ha permitido construir los principales rasgos característicos de un modelo de Estado que gira en torno al concepto de “Constitución”, dejando atrás conceptos jurídicos que le resultan incompatibles.

¿Qué es el Estado Constitucional? Para quienes nos encontramos sumergidos en el estudio cada vez más especializado del Derecho Constitucional, sabemos que es posible resumir en una frase la esencia del Estado Constitucional: límite al poder. Pero ello no quiere decir que se remita a una frase, sería desmerecer las investigaciones que existen en torno a esta materia. Definitivamente la respuesta es mucho más compleja, el estudio de cada uno de los aspectos que encierra, entre ellos principalmente la materialización de los derechos fundamentales, nos lleva a concluir que el Estado Constitucional se asienta y se va desarrollando en tanto se adopte como una práctica en la vida diaria de la nación y de cada uno de sus ciudadanos, alcanza los espacios más recónditos de la sociedad, y se filtra en las diversas actuaciones del ser humano aun cuando no haya conciencia de ser parte de él.

A esto le debemos sumar la centralidad de la Constitución como norma jurídica suprema en el Estado Democrático, derivando en lo que la doctrina denomina la “democracia constitucional”, lo cual es posible a través del principio de irradiación, en el sentido que de ella y de su contenido material conformado por valores y principios, deben derivar los actos del poder público (Alexy 1994: 159); y a través del principio de convergencia, es decir, la Constitución como un centro a alcanzar para el logro de su efectiva realización (Zagrebelsky 1995: 14).

Para ubicarnos históricamente, habría que mencionar que este cambio de paradigma del Estado de Derecho al Estado Constitucional comienza después de la Segunda Guerra Mundial. Hasta antes, en el Estado Legicentrista los esquemas podían resumirse en cuatro fórmulas, las cuales son magistralmente esbozadas por Robert Alexy: norma en vez de valor, subsunción en vez de ponderación, independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución, y autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución (1994: 160).

Luego de la Segunda Guerra Mundial y de que la humanidad presenciara las peores atrocidades cometidas por el hombre bajo la consigna del Estado total y de su soberanía, los Estados se introdujeron -desde sus sistemas jurídicos- en un baño de moralidad y de conciencia para la revaloración de la dignidad de la persona humana y de sus derechos básicos.

A partir de este hecho histórico, los clásicos elementos que conformaron el constitucionalismo como estructura jurídica fueron: la preocupación de los Estados por introducir en sus Constituciones un catálogo de derechos fundamentales y de principios, el sometimiento de las decisiones de los agentes públicos y privados a los derechos y principios consagrados en la Constitución, y el establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional de las decisiones que emergen del sistema democrático. Estos elementos colocaron en contraposición la noción jurídica de Constitución con el sistema democrático o, dicho en otras palabras, los derechos fundamentales con el principio que rige la toma de decisiones en la democracia: la regla de la mayoría.

1.2 La noción de Constitución.

El surgimiento del Estado Constitucional se cimentó en dos principios esenciales: la democracia sustancial -no en un sentido meramente formal o como regla de la mayoría- y la supremacía constitucional. En este nuevo modelo de Estado, la concepción de la Constitución en su calidad de norma suprema, introdujo la idea de unidad del ordenamiento jurídico; pero también, la Constitución se configuró en el marco de los principios y valores que guían a la sociedad y a sus actores.

Una de las primeras clasificaciones de la Constitución, muy famosa en nuestro medio jurídico, fue planteada por Karl Loewenstein en su Teoría de la Constitución (1976: 217). En este estudio dicho autor estableció que las constituciones podían ser de tres tipos: normativa, nominal y semántica. De acuerdo a esta clasificación, para que el Estado Constitucional sea tal debía tener en su eje una Constitución normativa, es decir, debía ser asimilada como norma jurídica suprema de carácter vinculante, capaz de regular de manera efectiva los diversos espacios del poder público y de las esferas privadas.

Autores más recientes como Juan Ruiz Manero emplearán el término “Constitución” para referirse al “documento normativo” situado en el vértice del sistema jurídico, dotado de un régimen jurídico especial, que establece las competencias de los principales órganos del Estado a través de “normas constitutivas”, pone límites y proporciona guías positivas para el ejercicio de esas competencias a través de “normas regulativas”.

Respecto a las normas regulativas, Ruiz Manero destacará su carácter de límites y su doble dimensión: por un lado, como derechos subjetivos garantizados a los ciudadanos; y por otro, como guías positivas que estipulan determinados objetivos colectivos, acorde con las competencias asignadas a los poderes públicos (Aguiló Regla, Ruiz Manero y Atienza 2007: 63).

Esta básica tipología de las normas constitucionales estará asociada a una clasificación y concepción de las Constituciones, que las enfocará como “mecánicas” y “normativas”. En una “Constitución mecánica” predomina la idea de que la mejor manera de realizar los contenidos jurídicos es a través de un marco institucional bien diseñado: “(...) Una Constitución mecánica pura estaría compuesta únicamente por normas que confieren

poderes, en tanto que una concepción puramente mecánica de la Constitución abogaría por un texto constitucional compuesto únicamente por normas de este tipo” (Aguiló Regla, Ruiz Manero y Atienza 2007: 67).

En cambio, en una “Constitución normativa” predomina la idea de que la mejor manera de realizar los contenidos jurídicos que resulten del ejercicio de los poderes es a través de normas regulativas que establezcan límites a dichos poderes: “(...) mediante órganos, como los Tribunales Constitucionales, que sean destinatarios de normas asimismo regulativas que les impongan el deber de anular los contenidos normativos y decisionales que violen tales obligaciones o prohibiciones relativas al ejercicio de los poderes” (Aguiló Regla, Ruiz Manero y Atienza 2007: 68).

La Constitución normativa es también una de las características que atribuye Riccardo Guastini al Estado Constitucional; sin embargo, señala que en esta acepción la Constitución se refiere “(...) no tanto a un conjunto de normas, cuanto a un particular documento normativo”, que formula y codifica las normas que “dan forma” al Estado “(...) es decir, determinan la organización -política y territorial- del Estado y disciplinan sus relaciones con los ciudadanos” (2010: 81).

Guastini se refiere en tres acepciones más a la Constitución: formal, material y como límite al poder político, señalando que en la primera hablamos del quién y el cómo o del conjunto de normas sobre la “forma del Estado”; en la segunda, del qué o el régimen político vigente en un Estado; y en la tercera, de un tipo específico de ordenamiento estatal donde el poder político está limitado por normas y la libertad de los ciudadanos protegida mediante oportunas técnicas de organización del Estado (2010: 82-87).

Asimismo, la Constitución normativa en términos de protección de derechos requiere de la aplicabilidad material de sus preceptos, sin que para ello se exija una concretización adicional de los mismos, y de controles institucionales efectivos que vigilen dicho cumplimiento (Holländer 2006: 73).

En efecto, una Constitución garantizada es aquella que va acompañada de mecanismos procesales para reforzar cualquier aspecto de su concepción, en el sentido que sin aquellos guardianes de su vigencia -concretizados en la jurisdicción constitucional-, ella simplemente dejaría de existir: “cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible

su `realización`; ocurre, simplemente, que no hay Constitución” (Aragón Reyes 1987: 52). Esta noción de Constitución establecida a partir de su negación fue una de las primeras a inicios del Estado moderno, positivizada posteriormente en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789): “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

Ahora bien, la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico -que desplazará al Estado de Derecho, y con ello, a sus principales elementos: supremacía de la ley, separación de poderes, principio de legalidad de la Administración Pública, y respeto de las libertades fundamentales en un sentido abstencionista-, estableció vinculaciones de tipo formal y sustancial hacia todos los poderes del Estado, e incluso hacia los particulares.

Desde un aspecto normativo y en el sentido formal, los órganos ejecutivos y el parlamento debían respetar las disposiciones constitucionales para la producción normativa; en el sentido sustancial, estas normas producidas debían ser coherentes con los límites materiales impuestos por los principios y valores constitucionales, y con el contenido de los derechos fundamentales.

La Constitución en un sentido normativo también eliminó la posibilidad de que existan espacios sustraídos de ella. Siendo que la Constitución establece un núcleo inaccesible para “lo decidido” por la mayoría, son muy factibles sus diversos tropiezos con la política, por lo que en el Estado Constitucional ella (la política) deberá ajustarse a las exigencias formales y sustanciales de los preceptos constitucionales.

Así veremos que, desde un aspecto político y en el sentido formal, la democracia debía preservar la voluntad de la mayoría de la población; pero también, en el sentido sustancial, dicha forma de gobierno debía resguardar a través de sus instituciones que esta voluntad no se contraponga con los derechos fundamentales, límites infranqueables a las decisiones de la mayoría.

Otra de las principales características del Estado Constitucional será el predominio del contenido dogmático y material de la Constitución, y no sólo de su contenido orgánico. Ello se traducirá en el establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales basados en la revaloración del hombre y en el respeto de su dignidad. En otras palabras,

la Constitución, partir de los derechos fundamentales, se configurará en el principal instrumento sustantivo de control del poder público. Por ello, el Prof. César Landa señala:

Frente a un positivismo desvinculado de los valores democráticos, como ante un neiusnaturalismo desprovisto de seguridad jurídica, se abrió paso al establecimiento de una renovada concepción institucional del derecho, y en particular de la dogmática y de la jurisprudencia del derecho constitucional. La constitución y el sistema legal, en adelante serán los instrumentos para la protección de la dignidad humana, base de los derechos fundamentales de las personas, así como medios para limitar y controlar el poder. (2002: 117)

En términos de Prieto Sanchís:

El núcleo del constitucionalismo consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier otra norma y, sobre todo, con un contenido preceptivo verdaderamente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales, en suma, de estándares normativos que ya no informan sólo acerca de `quién´ y `cómo´ se manda, sino en gran parte también de `qué´ puede o debe mandarse. Es la forma de combinar todos estos elementos lo que da lugar a un panorama lo suficientemente nuevo como para merecer un nombre propio donde el protagonismo ya no queda reservado al legislador, sino que aparece, cuando menos, compartido con la figura emergente del juez: el Estado constitucional. (1998: 35)

De esta manera, así como el Estado de Derecho vio superados sus elementos característicos por el paradigma del Estado Constitucional, este nuevo paradigma introducirá su propio esquema estructural, jurídico y político, lo cual es una prueba palpable de que dicho modelo no significó una continuación o una versión mejorada del Estado Legiscentrista, sino más bien una versión original que dio protagonismo a la teoría de los principios, a la ponderación de derechos, a la jurisdicción constitucional y a la supremacía de la Constitución.

En contraste con el Estado de Derecho, según como señala Robert Alexy, el Estado Constitucional se caracterizará por una realidad compleja donde predomina un enfoque axiológico de la estructura normativa de la Constitución, lo cual siempre ha provocado y seguirá provocando diversas críticas. Y claro, en este nuevo paradigma los esquemas

serán otros, como señala Prieto Sanchís: hay más principios que reglas, hay más ponderación que subsunción, más jueces que legislador y más Constitución que ley (1998: 35).

Asimismo, la Constitución como fuente del Derecho será una norma sustantiva más que formal, su contenido axiológico romperá con la separación histórica del Derecho y la moral, pues terminará por incorporar ésta en su seno, y con ella valores como la justicia, la igualdad y la solidaridad, los cuales se encuentran sistematizados en lo que ahora denominamos Derechos Humanos. En ese sentido, la Constitución se configurará en una norma parámetro de validez de las demás (Ferrajoli y Atienza 2011: 93).

Este contenido axiológico de la Constitución la convierte en una carta de principios o de normas abiertas, permitiéndole albergar una variedad de valores, en algunos casos hasta contrapuestos, pero que en situaciones concretas y a través de la jurisdicción constitucional han de encontrar una ponderación adecuada a la protección de los derechos fundamentales.

Esta Constitución normativa es inclusiva y por ello es un reflejo vivo de las sociedades pluralistas: “(...) el pluralismo ideológico ha reemplazado al monismo del Estado liberal de Derecho, y ello tiene su reflejo normativo en la Constitución” (Prieto Sanchís 1998: 39-40), y de las sociedades deliberativas: “(...) una Constitución compuesta básicamente, en su dimensión regulativa, por principios y directrices, mantiene abierto el proceso deliberativo y evita en gran medida la tiranía de ‘los muertos sobre los vivos’ que se ha achacado con frecuencia al constitucionalismo rígido” (Aguiló Regla, Ruiz Manero y Atienza 2007: 87).

1.3 La democracia como “regla de la mayoría” y la Constitución.

La *regla de la mayoría* es por excelencia el mecanismo para la toma de decisiones en democracia, entendida ésta como forma de gobierno o sistema político en el que el eje central es la voluntad general representada por la voluntad de la mayoría¹. Este principio que rige las democracias es de carácter electoral y decisonal, en el sentido que actúa con igual relevancia en la elección de los representantes del pueblo (mecanismos electivos), y

¹ La teorización de la democracia ha dado cabida a innumerables estudios, algunas más complejas que otros. Particularmente considero que uno de los más completos estudios al respecto es el de Giovanni SARTORI: *¿Qué es la democracia?* México: Tribunal Federal Electoral, Editorial Patria, 1993.

en la toma de decisiones del cuerpo político integrado por los representantes elegidos (transmisión representativa del poder).

Otro aspecto fundamental del sistema democrático que importa resaltar es la sobrevaloración que se hace de la libertad por encima de la igualdad, con lo cual ésta se reduce a un concepto meramente abstracto: “si bien las personas no son iguales, deben ser tratadas como si lo fueran” (Elster 1998: 25).

No obstante, siguiendo la lógica del procedimiento democrático, ¿quiénes conforman una “minoría”, y qué sucede con los intereses de ésta una vez adoptada la decisión mayoritaria?

Para nosotros el concepto de “minoría” no se limita a una noción meramente cuantitativa. Si bien en algunas situaciones éstas se determinan por factores naturales o fortuitos (como en el caso de las personas con discapacidad), incluso en estos casos las minorías terminan constituyendo un fenómeno de carácter social que alude más a elementos de carácter cualitativo, ya sea por la existencia de conductas estatales o particulares que les impide su libre desenvolvimiento en la sociedad y en igualdad de condiciones semejantes a las del grupo social mayoritario; o por la omisión de políticas públicas que les permitan colocarse en igualdad de condiciones para el ejercicio efectivo de ciertos derechos fundamentales (políticos, económicos o sociales)².

Asimismo, otra característica que coloca a las minorías en una posición políticamente relevante y antagónica con respecto a la democracia, es “su actitud de disenso con respecto a las medidas adoptadas mayoritariamente” (Garzón Valdez 2000: 15).

En ese sentido, si las sociedades adoptaran una noción procedimental de la democracia, es decir, entendida como regla de la mayoría³, a los grupos minoritarios no les quedará más que aceptar que todas las decisiones adoptadas por la mayoría son “buenas” o “correctas”,

² Debemos tener presente que: *“la igualdad material no es tanto una igualdad en el punto de llegada (...), sino que es, parece, una igualdad para poder llegar a la meta. Es decir, que facilita el esfuerzo de cada uno haciéndolo posible, pero no lo sustituye”*. Peces-Barba 1995: 247.

³ Autores como Jeremy Waldron y Richard Bellamy han construido algunos argumentos de dificultad contramayoritaria, planteando razones para considerar que los mismos riesgos de arbitrariedad que los constitucionalistas encuentran en las decisiones de la mayoría, también podrían existir en las decisiones adoptadas por una minoría (jueces) que, en algunos casos, termina imponiendo al Estado y a la sociedad su propia “lectura moral” de los derechos, para resolver el conflicto de valores que se les presenta.

o simplemente tendrán que aceptarlas, así sea que alguna de estas decisiones en la práctica termine vulnerando derechos individuales o de grupo.

De esta manera es posible concluir que podrían existir situaciones en las que las minorías corran el riesgo de ver vulnerados sus derechos, por el simple hecho de no integrar esa mayoría que como “cantidad” siempre verá ganadora su opción en cualquier elección.

Frente a estos argumentos -que se basan en la creencia que “cuanta más gente apoya una solución es más probable que ésta sea correcta”⁴, o en la idea de que toda regla de decisión colectiva tiene que ser estrictamente procedimental, por lo que termina importando poco el contenido de las mismas- se hallan otras posiciones de igual relevancia, como las que plantea la teoría de la justicia de John Rawls sobre el rechazo a toda razón utilitarista de los derechos individuales para la satisfacción de las preferencias de la mayoría⁵; la tesis de Luigi Ferrajoli que nos habla de una dimensión sustancial de la democracia o la “democracia sustancial”, entendida como la introducción de normas esenciales que se convierten en la esfera de lo indecible que ninguna mayoría puede desconocer (1999: 23-25); o la de Ernesto Garzón Valdez para quien no es suficiente una noción de democracia que incluya la discusión moral en el debate público para la búsqueda de soluciones correctas (2000: 11)⁶.

¿Cómo compatibilizar la democracia política, entendida como regla de la mayoría, con el Estado Constitucional, cuya centralidad obliga a entender a la Constitución como norma jurídica? Para Giovanni Sartori, se debe partir por entender a la democracia como un sistema en el que se busca hacer prevalecer el principio mayoritario, respetando los derechos y la libertad de las minorías, esto significa que la democracia no sólo es “regla de la mayoría”.

⁴ “El teorema de Condorcet sostiene que si presumimos que cada miembro de un panel decisor tiene la tendencia a adoptar la decisión correcta, la probabilidad de que la decisión sea correcta aumenta cuando aumenta el número de miembros del panel”. Nino 1997: 178.

⁵ “(...) la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos”. Rawls 1979: 17.

⁶ Esto quiere decir que el reconocimiento de derechos a las minorías no puede depender únicamente de garantizar su participación en el debate público y en la deliberación, ya que es difícil asegurar que todas puedan concurrir o, concurriendo, que todas puedan argumentar adecuadamente en favor de sus intereses. Por lo que en dicho proceso deliberativo es fundamental la participación del Estado para garantizar una representación justa de las minorías.

En un sentido más amplio, dicho autor considera que la democracia como forma de gobierno no sólo tiene una *noción descriptiva* de lo que ella es, que desde las diversas realidades resume la historia de cómo ha venido funcionando, sus procedimientos, mecanismos e instituciones; sino también, tiene una *noción prescriptiva* de lo que *debería ser*, que parte de la noción descriptiva, y se conjuga con los ideales y aspiraciones que guían a las sociedades, para posibilitar su convivencia en forma pacífica y armoniosa (1993: 17).

Consideramos importante tener presente esta noción prescriptiva de la democracia, que hace que el poder público afronte los cambios constantes de la realidad, los cuales son comunes en sociedades cada vez más complejas y pluralistas, como las actuales. Dicha noción, lejos de fragmentar posiciones, permite establecer criterios diferenciadores para la protección de los derechos individuales, y en particular, de los derechos de las minorías. Esta noción prescriptiva supera el simple criterio de igualdad política y abstracta, para exigir el respeto del derecho a la igualdad en un sentido material “siempre”.

Por otro lado, la constitucionalidad de los derechos le otorga a éstos el carácter de “indecidible”, “coto vedado”, “vetos” o “cartas de triunfo” (Bayón 2005: 211) en el sistema democrático. En palabras de Gustavo Zagrebelsky: “La Constitución -se puede decir en síntesis- es aquello sobre lo que no se vota; o mejor, en referencia a las constituciones democráticas, es aquello sobre lo que ya no se vota, porque ya ha sido votado de una vez por todas, en su origen” (2008: 27).

No obstante, ¿en democracias meramente procedimentales, acaso no existiría una batalla constante entre lo que decide la mayoría y los derechos de las minorías? Frente a estos conflictos, la Constitución justamente se constituye en un cuerpo normativo pacificador, pues en ella las minorías ven garantizado un mínimo de derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por la mayoría; es por ello que, lejos de ser entendida como un obstáculo o una dificultad para el gobierno, la Constitución debe ser vista como el primer instrumento de gobernabilidad de las sociedades.

Por ello, si bien la Constitución no deja de ser un cuerpo político que estructura orgánica y competencialmente al Estado, y en ese sentido, un instrumento de gobernabilidad, sus principios y reglas se encuentran fuera y por encima de lo político. Efectivamente, no hay pacto de sujeción válido si antes no existe un acuerdo previo en

el respeto de ciertas garantías mínimas (*pactum societatis*), y éstas son las establecidas previamente en la Constitución para superar cualquier decisión irracional en el futuro. Sólo en virtud de ella y sobre ella, pueden acordarse actos de sujeción al gobierno de la mayoría (*pactum subiectionis*), pues previamente dicho gobierno acuerda actuar en función de las reglas y principios contenidos en la Constitución (Zagrebelsky 2008: 29).

Otro de los puntos que se coloca en debate cuando se contraponen Democracia y Constitución, es la legitimidad democrática de los jueces constitucionales. En efecto, una lectura literal de la democracia diría que los jueces no están legitimados democráticamente para interpretar las normas bajo principios tan abiertos, pudiendo incurrir incluso en posiciones contrarias a las que prefiere el voto mayoritario, de tal forma que dicha labor jurisdiccional termine convirtiéndose en una labor positiva, constructiva o de creación del Derecho. Pero, ¿esta lectura es correcta? Según Ronald Dworkin: “(...) Si esto es lo que significa la democracia, entonces no cabe duda [de] que un esquema de control judicial que otorga a los jueces la potestad de dejar de lado los juicios de moralidad política aprobados por la mayoría resulta antidemocrático” (2007: 151).

Claramente la democracia no podría ser entendida en un sentido tan restringido y simple, cuando con ello se corre el riesgo de vulnerar principios esenciales para su propia existencia y para el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona. Nada puede entenderse como democrático si antes no se prevén reglas que garanticen que sus beneficios alcanzarán a todos por igual. Estas condiciones pueden variar según la noción que tengamos de democracia y el peso que le otorguemos a determinados bienes de la vida personal y política. Lo importante es que se llegue a un consenso respecto al cumplimiento de dichas condiciones, para poder hablar de una verdadera democracia⁷.

En ese sentido, cuando el órgano institucional previsto para la defensa de la Constitución, según ella y en su aplicación, invalida actos del legislador democrático, no se imponen criterios aislados o particulares, sino que frente aquellos actos se hacen

⁷ Para Dworkin estas condiciones estarían constituidas primero, por la oportunidad de todos los ciudadanos de desempeñar un igual papel en la vida política (voz y voto); segundo, por un mismo interés en el sistema político; y tercero, por una esfera privada donde el individuo sea libre de tomar por sí mismo decisiones de contenido ético y religioso, según su propio juicio. Estas tres condiciones configurarían una visión alternativa de la democracia que Dworkin denomina “democracia asociativa” (2007: 152).

pesar acuerdos previos del poder constituyente que tienen valor democrático (Bayón 2005: 215).

1.4 La doble dimensión de los derechos fundamentales.

En el plano estructural de las normas constitucionales, éstas se establecen en el Estado Constitucional con un carácter dúctil, no absoluto y abierto, para dar cabida al pluralismo social en términos inclusivos y de integración, y no de exclusión e imposición.

A esto le precede un trasfondo histórico, jurídico y político, en el que el poder público y las sociedades buscan superar los rezagos de las políticas totalitarias del fascismo y el nazismo, las que se impusieron con fuerza en Europa durante la Segunda Guerra Mundial bajo el estandarte de la defensa del Estado de Derecho, la legalidad y la Constitución; contexto que propició un período de crisis en el positivismo jurídico.

Si de algo debía defenderse con suma fuerza a la Constitución era de aquellas acciones del poder que pretendían anular la pluralidad de valores y principios de su contenido, en el entendido que ella no sólo se integra de derechos de carácter subjetivo, sino también de un marco valorativo que guía a los poderes públicos en el fortalecimiento de la democracia.

Efectivamente, uno de los principales resultados del Estado Constitucional y de la discusión sobre los principios y derechos que ella contiene, es la construcción de la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Esta teoría -que ha tenido desarrollo gracias a la doctrina constitucional alemana- sumará al contenido subjetivo de los derechos fundamentales un contenido objetivo.

Desde ese contenido objetivo, los derechos fundamentales constituyen un marco concreto de valores y principios que resumen el modo de vida del Estado, de la sociedad y de su interrelación, los cuales van contenidos en la Constitución. Estos derechos marcan la pauta en el logro de las aspiraciones sociales y estatales que se pretenden alcanzar.

Valga decir que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales supera la teoría de los derechos públicos subjetivos, que aceptaba la existencia de estos derechos en tanto había un Estado para darles efectividad, privilegiando la existencia del Estado por sobre

los derechos de las personas. De esta manera se reconoce el carácter vinculante de los derechos hacia el Estado, en tanto ya no son simples concesiones subjetivas del poder público, sino principios orientadores de la vida institucional.

La centralidad del concepto de Constitución en este nuevo contexto originó que los derechos pasen de ser considerados como normas programáticas (no vinculantes), a adquirir la calidad de verdaderos derechos fundamentales que, en tanto contenidos en la Constitución, constituyen un sistema de preceptos con fuerza normativa.

De esta manera podemos decir que la evolución histórica del contenido normativo y axiológico de la Constitución constituye el principal antecedente de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, permitiendo el reconociendo de la persona humana como eje central del sistema jurídico.

Es por ello que el elemento nuevo en la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales no es el carácter subjetivo de los mismos, pues éste en algún sentido se encontraba garantizado con la teoría de los derechos públicos subjetivos que aparejaban un deber de abstención por parte del Estado, a fin de respetar espacios de libertad a las personas. Este elemento nuevo se encontraba en el reconocimiento de un contenido de carácter objetivo, que atribuyó a los derechos fundamentales la naturaleza de valores esenciales para el ordenamiento jurídico y político, haciendo surgir un deber de protección a cargo del Estado para el desarrollo de políticas que promuevan dichos derechos.

Es así que se supera la clásica definición de los derechos fundamentales como límites al poder público en un sentido negativo -que restringía el papel del Estado a la de un sujeto abstencionista que dejaba un amplio espacio para las libertades de las personas y el desenvolvimiento de sus intereses-, y se da paso al carácter objetivo de los derechos fundamentales, haciendo que éstos adquieran el status de principios objetivos que imponen al Estado obligaciones de actuación y de protección de las personas, en un sentido individual y colectivo.

Lo que se verá es que en su dimensión objetiva los derechos fundamentales requieren algo más que la simple abstención del Estado para la realización de las libertades humanas, en el sentido que en el Estado Constitucional -y propiamente en el Estado Social- se empiezan a valorar las condiciones humanas reales de determinados grupos

sociales, de tal forma que los derechos fundamentales pasan a ser entendidos también como derechos de prestación que exigen la actividad del Estado para garantizar un mínimo de protección de ciertos grupos, para el logro de la igualdad material.

En resumen, el doble carácter de los derechos fundamentales en una primera faceta le otorga a la persona un derecho de defensa y le impone al Estado un deber de abstención; y en una segunda faceta, estos derechos adquieren la condición de normas - principios que conformarán el sistema de valores predominante en el ordenamiento jurídico, los cuales impondrán deberes de acción y prestación al Estado.

1.5 El Estado Social y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

Para nosotros existe una estrecha relación entre el desarrollo del carácter objetivo de los derechos fundamentales con el surgimiento del Estado Social, pues tal como señala Luigi Ferrajoli, en el Estado social se genera un cambio en los factores de legitimidad del Estado: mientras el Estado de Derecho liberal debe sólo abstenerse de empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado de Derecho social debe también mejorarlas “(...) debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja” (2000: 852).

Existe una estrecha relación entre el reconocimiento del carácter objetivo de los derechos fundamentales con el surgimiento del Estado Social, pues tal como señala Luigi Ferrajoli, en el Estado social se genera un cambio en los factores de legitimidad del Estado: mientras el Estado de Derecho liberal debe sólo abstenerse de empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado de Derecho social debe también mejorarlas “(...) debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja” (2000: 852).

Para Francisco José Contreras Peláez: “En cierto momento histórico, en las sociedades occidentales se generaliza la convicción de que la pobreza extrema es moralmente inaceptable (y, por tanto, corresponde a la colectividad la obligación de erradicarla)”. En ese sentido, como señala este autor, la noción de Estado Social presupone un contexto histórico en el que i) el individuo es incapaz de satisfacer por sí solo (o con ayuda del entorno social más inmediato) sus necesidades básicas, ii) existen riesgos nuevos que no pueden ser afrontados mediante los mecanismos tradicionales de reparación, basados en la responsabilidad individual, iii) existe la convicción general de

que corresponde al Estado la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos un mínimo de bienestar, y se percibe esa obligación como la condición de legitimidad del Estado (1996: 13).

¿Qué contexto histórico precede al Estado Social? El contexto de industrialización y urbanización que surgió en el Siglo XIX, como factores socioeconómicos que redujeron efectivamente el espacio vital del hombre, convirtiéndolo en un ser más dependiente y necesitado de la colaboración de los demás para lograr el progreso. De esta manera el Estado Social se convierte en:

(...) una respuesta moderna a las formas modernas de indigencia (...) es la que ha hecho necesaria la invención del Estado Social. (...) El prototipo del pobre decimonónico, por tanto, vendría dado por el trabajador sin cualificación, emigrado del campo a la ciudad, padre de una prole numerosa (aún no se habían generalizado las técnicas de control de la natalidad) y carente de un puesto de trabajo fijo (el desempleo como primer factor pauperizador es uno de los rasgos diferenciales de la pobreza `moderna'). (Contreras Peláez 1996: 17-18)

De esta manera, los costos sociales del progreso serán compartidos por la sociedad bajo un compromiso social del Estado que se cumplirá en dos sentidos: por un lado, la búsqueda del bienestar, y por el otro, la atenuación o compensación del sufrimiento. Cabe señalar que se identifica a las leyes de Bismarck (1884-1889) como los principales antecedentes (prehistoria) del Estado Social y de los sistemas de seguridad social que buscaban la socialización del riesgo.

Para el Siglo XX, con sociedades capitalizadas y sumidas en el crecimiento económico, surgen factores psicológico-morales que hacen injustificable la pobreza, más aún cuando ésta no era un problema de medios o de capacidades, sino del esquema socio-político. En ese sentido, se atribuye al Estado la obligación de erradicar la pobreza, momento en el que deja de ser visto como el principal enemigo de la libertad del individuo, y pasa a ser considerado más bien como su principal propulsor.

Es así que en el Estado Social se introducirá el criterio de “mínimos vitales”, los cuales permitirán garantizar las condiciones necesarias para que la vida de las personas pueda desenvolverse con dignidad y libertad; debiendo entenderse que por debajo de estos mínimos las personas simplemente pierden su capacidad de autodeterminación.

Efectivamente, las personas no necesitan acumular de manera infinita bienes e ingresos para llevar una vida decente. La pregunta es: ¿sí necesitan mínimos vitales? Los mínimos vitales no son relevantes *per se*, sino en función de lo que suponen para la obtención y satisfacción de los valores sociales, para el ejercicio de los derechos fundamentales, en resumen, para el logro cada vez más progresivo de las libertades.

Ejercemos de mejor manera nuestra libertad cuando contamos con la suficiente capacidad para ello, tanto en el *efecto comprensivo* como en el *efecto de culminación*⁸. La capacidad requerida, que se encuentra vinculada a la libertad sustantiva, debe abordarse desde una perspectiva integral, es decir, mental, física, psicológica y espiritual. Por lo que resulta lógico concluir que una persona que vive en pobreza o en extrema pobreza tendrá mermada sus capacidades para ejercer su libertad; lo más probable es que esta persona durante su niñez se encuentre privada de una alimentación nutricional adecuada, sin acceso a servicios básicos como agua, luz y una vivienda decente, y si logra estudiar, conseguirá hacerlo en alguna escuela pública con serias deficiencias en la calidad educativa, con pocas oportunidades o ninguna de participar en actividades culturales y poca disponibilidad informativa. Y qué decir si a esto le sumamos la posibilidad de que esta persona padezca de alguna discapacidad física o mental.

Según el ejemplo anterior, podemos observar que las desigualdades naturales, o en las condiciones de vida, generan una desigualdad en las capacidades para el ejercicio de la libertad, y con ello las desigualdades sociales: libertad para elegir una profesión u oficio, libertad para elegir el trabajo querido, libertad para participar en nuestra comunidad o en la política, o simplemente libertad para alcanzar lo que para nosotros es valioso; no lograremos ejercer ninguna de estas libertades sin antes tener capacidad y oportunidades reales de elegir.

Si bien la desigualdad de oportunidades, la más grave por disminuir las opciones e impedir el ejercicio libre de otros derechos fundamentales, es una problemática que no necesariamente termina siendo resuelta a través del crecimiento económico o desde una

⁸ Amartya Sen nos dice que existen dos aspectos a través de los cuales podemos identificar el ejercicio de nuestra libertad como valor y como derecho. El primero es el aspecto de oportunidades, que consiste en identificar las oportunidades que tenemos de perseguir y lograr nuestros propios objetivos o aquello que nos resulta valioso (efecto de culminación), y el segundo es el aspecto de proceso, que evalúa la falta de coacción o imposición por otros durante nuestro proceso de elección (efecto comprensivo) (2011: 258).

perspectiva de ingresos, es posible que pueda ir decreciendo a través de acciones estatales concretas y planificadas.

En ese sentido, debido a que existen factores que influyen en la desigualdad y en la pobreza real, la intervención del Estado es precisa para garantizar -en la medida de lo posible y a todos- la oportunidad de vivir una vida mínimamente decente, con servicios públicos básicos como salud, educación, vivienda, saneamiento, electricidad, etc., lo cual también permita igualar las condiciones en el punto de partida de todas las personas para una justa competencia. Por lo que, el enfoque de la libertad también debe ser asumido por cualquier democracia como un compromiso social.

Nos preguntamos si acaso no es necesario que para garantizar dichos mínimos el Estado deba ser uno intervencionista, regulador, prestacional, asistencialista y redistribuidor, un aliado para el logro de las libertades del individuo; bajo esas figuras ¿no hablaríamos, entonces, de un Estado claramente moral y no neutral, basado en principios como la justicia, la solidaridad, la igualdad material y en valores comunitarios?

Cabe resaltar que si bien las primeras Constituciones en contemplar disposiciones en materia de derechos sociales fueron las de Querétaro en 1917 y Weimar en 1919, como señala Miguel Carbonell, es recién con la Ley Fundamental de Bonn en 1949 que el Estado Social adquiere reconocimiento constitucional, es decir después de la Segunda Guerra Mundial. Es en este período de postguerra que se observa el cambio de paradigma del Estado, adoptándose por parte de la mayoría de países la forma constitucional y social (2008: 51). Este nuevo pensamiento político y económico en torno al Estado no estaría exento de tensiones con la democracia formal o procedimental.

Ahora bien, si un rasgo esencial de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales es el contenido axiológico y vinculante de las normas que las contienen, la abstención del Estado para la materialización de dichos preceptos constituiría el incumplimiento de tales principios; en cambio, una actuación progresiva constituiría el cumplimiento de los mandatos de actuación que contienen dichas normas.

En efecto, cuando los derechos fundamentales exigen algo más del Estado que su simple abstención para que la sociedad vea realmente cubiertas sus necesidades esenciales, sin las cuales no sería posible el desarrollo humano, entonces estos derechos se contraponen

al Estado como un contenido material de valores que sustentan el ordenamiento constitucional, y actúan como principios que dan origen a deberes de protección estatal: “Los derechos, enunciados originariamente *contra el poder*, en el paso del proyecto liberal a la sociedad democrática, se convierten en *pretensiones hacia el poder*, directrices vinculantes para la acción política, dirigida a concretarlos para dar sentido al pacto (Pozzolo 2011: 24).

2. TIPO DE NORMAS CONSTITUCIONALES QUE CONSTITUYEN MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN PARA LOS PODERES PÚBLICOS.

En el Estado Constitucional los enunciados jurídicos se componen principalmente de principios. Si bien detrás de esta teoría del Derecho subyace una vieja discusión kelseniana respecto a lo moral y lo jurídico, resulta más que interesante analizar las nuevas relaciones que surgen entre los clásicos poderes del Estado -como son el legislativo y el ejecutivo- con la función jurisdiccional, a partir del establecimiento de una tipología de las normas constitucionales; así como, las teorías de la interpretación de las normas constitucionales que traen a colación la teoría de la argumentación jurídica y la ponderación de derechos.

Para efectuar este análisis es importante partir de una noción de Constitución que sirva de faro a nuestra construcción teórica y que nos ayude a conjugar lo normativo-constitucional con lo político-jurisdiccional. Por ello, corresponde citar a Gustavo Zagrebelsky cuando señala: “Aquí se muestra una, quizás la principal, función de la Constitución: fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política; principios y reglas sobre los cuales -como ya he dicho- no se vota” (2008: 29).

Si bien la doctrina constitucional más relevante ha dado significativos aportes respecto a la estructura de las normas constitucionales -desde estudios individuales hasta los más interesantes debates académicos entre grandes autores-, la principal importancia de estas teorías radica en permitirnos construir argumentaciones suficientes para exigir del Estado -sobre la base de cierto tipo de normas- planes o acciones concretas para el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales. Es a lo que se refiere Manuel Atienza cuando habla del tipo de razón para la acción que el enunciado proporciona, y a

su forma de conexión con los intereses y las relaciones de poder existentes en la sociedad (2007: 24).

Al respecto, se le atribuye a Ronald Dworkin -en un artículo que publicase en 1967 bajo el título de “El modelo de las normas” y que luego incluyera como el Capítulo 2 de su famoso libro “Los derechos en serio” (1978)-, el haber iniciado el debate respecto a la estructura de las normas en la teoría del Derecho que propugnaba el positivismo jurídico, conformado básicamente por reglas (Alexy 2003: 93-94, Atienza y Manero 2007: 1).

En dicho artículo Dworkin planteará críticas a la *regla de reconocimiento* establecida por Herbert L. A. Hart, la cual le restaba fuerza jurídica a todas aquellas normas cuestionadas por su “pedigree” u origen, o por la forma en que fueron adoptadas o han evolucionado⁹. Esta regla de reconocimiento estipula de qué manera han de ser identificadas las normas jurídicas, dándoles un criterio de validez; estas normas serían las que conforman válidamente el concepto de Derecho¹⁰.

No está de más recordar que el *incorporacionismo* o el *positivismo jurídico incluyente* -teoría reaccionaría a la lectura moral de la Constitución-, para demostrar la prevalencia de los clásicos postulados del positivismo jurídico frente a Constituciones rígidas (la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la tesis de la discrecionalidad judicial), terminará aceptando la incorporación de los principios y los valores morales al Derecho, pero sin que por ello se deje de lado la tesis conceptual de la separación Derecho y moral (lo que Hart denominó como el *soft positivism*) (Pozzolo 2011: 97)¹¹.

⁹ “(...) las reglas se caracterizan por construirse sobre datos formales y, por tanto, tienen un *pedigree* que les permite un control de validez, los principios derivan su validez de la *importancia*, de la *razonabilidad*, de *vehicular valores* y otras características similares. (...) el estandar del *pedigree* es útil para el principio de legalidad, mientras que no lo es de la misma forma el estandar de la *importancia*.” Pozzolo 2011: 16-17.

¹⁰ Cabe señalar que Hart responderá esta interpretación de su teoría por parte de Dworkin, señalando que éste la entiende erróneamente al observar que solamente los criterios basados en el pedigree pueden ser incluidos en la regla de reconocimiento. Hart señalará que los criterios de validez estipulados por la regla de reconocimiento no se restringen a los actos legislativos, sino que existen otras variantes como la costumbre y el precedente judicial (Hart 1980: 8).

¹¹ Según esta teoría, la tesis de la separación que plantea el positivismo no se ve afectada porque los principios y valores morales que pueden determinar la existencia y el contenido de derechos han sido previamente incorporados en textos normativos de valor jurídico como las Constituciones. De tal forma que la

Dworkin establecerá que el criterio cerrado de norma que planteaba el positivismo, deja de lado los estándares que también juegan un papel en el sistema jurídico sin ser normas, los cuales este autor denomina como “principios, directrices políticas y otros tipos de pautas” (1984: 72). Estos enunciados también forman parte de las argumentaciones jurídicas referentes a obligaciones y derechos, y tienen la virtualidad de ser parte de la justificación para la adopción de normas nuevas o una nueva interpretación de las leyes.

Así, Dworkin denominará “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, relacionado con una mejora económica, política o social de la comunidad; y denominará “principio” a un estándar que ha de ser respetado porque se corresponde con la justicia, la equidad o la moral. Para ejemplificar esta distinción, podríamos decir que cuando el artículo 65 de la Constitución señala que el Estado peruano defiende el interés de los consumidores y usuarios, y que para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, y asimismo vela en particular por la salud y la seguridad de la población, lo que consagra es una directriz. Y que cuando el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, lo que consagra es un principio.

Sin embargo, Dworkin se centra en distinguir entre los principios y las reglas (o normas) bajo una orientación lógica, en el sentido que las reglas se aplican a la manera de *todo o nada*, es decir, en forma de disyuntiva; mientras que los principios prevén condiciones mas no consecuencias jurídicas que se apliquen subsecuentemente, pues cada principio enuncia una razón que discurre en una sola dirección, y de la cual no se desprende una única solución.

Asimismo, los principios tienen una dimensión de peso o importancia que no tienen las reglas, pues éstas no son funcionalmente importantes, sino que se valoran en función de su validez. Algo interesante que queremos destacar es que Dworkin señalará que: “(...) palabras como ‘razonable’, ‘negligente’, ‘injusto’ y ‘significativo’ (...) hace que la aplicación de la norma que la contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o

incorporación de los principios no obedece a su carácter moral, sino a que hayan sido previamente incorporados al Derecho a través de normas válidas, lo que en resumidas cuentas significa que los principios se incorporan al Derecho gracias a la regla de reconocimiento de Hart (Hart 1980: 7).

directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio” (1984: 79), con lo cual la distinción entre principios y reglas no sólo radicaría en la estructura lógica de estos enunciados, sino también en el sentido interpretativo que les otorguemos antes de calificarlos como una u otra. Esto es más o menos semejante a lo señalado por Prieto Sanchís:

Si (...) se sostiene que unos mismos enunciados pueden operar a veces como reglas y a veces como principios, pero que esa operatividad o manera de funcionar es sustancialmente distinta, entonces la diferencia cualitativa no tendrá su origen en el Derecho, sino en el razonamiento o, como prefiere decir Alexy, en el lado activo y no en el lado pasivo del Derecho (...); reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas. (1998: 52)

No pretendemos profundizar en los muchos otros elementos que Dworkin considera en su estudio, dado que nuestro interés es destacar la importancia del debate que inicia este autor desde el enfoque constitucional, que se centra en cuestionar -a través de la teoría de los principios- los principales postulados del positivismo jurídico, al demostrar que la discreción es una conducta frecuente en la actividad del juez¹², pero no bajo la idea de la creación judicial del Derecho; así como, al oponerse a la *regla de reconocimiento* debido a la existencia de leyes que no deben su status jurídico a ninguna fuente social¹³, tales como los principios jurídicos.

A este primer avance doctrinal en reconocer una tipología de las normas constitucionales, propias del paradigma del Estado Constitucional, se suman los aportes de Robert Alexy, los cuales fueron plasmados en un artículo denominado “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” (1988), cuyas ideas fueron luego complementadas en su libro “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios” (2003). En esta investigación Alexy plantea tres tesis para explicar la

¹² “El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada” Dworkin 1985: 83-84.

¹³ Aunque posteriormente Hart en su artículo “El nuevo desafío al positivismo jurídico” (1980) se encargará de señalar que las críticas antipositivistas de Dworkin mucho se deben a la exagerada importancia de los americanos al punto de vista del juez, creando una imagen judicial del Derecho: “El Derecho tal como es visto por un juez ocupado en decidir casos controvertidos puede omitir cosas que son importantes y que solamente pueden ser vistas desde un punto de vista externo y distanciado. La fenomenología de la decisión judicial, puede ser una cosa; la naturaleza del Derecho, otra” Hart 1980: 6.

teoría de los principios: la tesis de la optimización, la ley de la colisión y la ley de la ponderación; siendo la de mayor relevancia para los propósitos de nuestra investigación la tesis de la optimización.

Según la tesis de la optimización, los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. En tal sentido, los principios -para este autor- deben ser entendidos como *mandatos de optimización* en la medida que pueden ser cumplidos en diferentes grados, dependiendo de las posibilidades reales y jurídicas. En cambio, las normas (o reglas) -tal como ya lo había establecido Dworkin- son *mandatos definitivos*, en la medida que pueden ser cumplidas o incumplidas.

Sin embargo, no podríamos hablar de la teoría de los principios planteada por Alexy sin referirnos a las otras dos tesis que según este autor brindan contenido y caracterización a este tipo de enunciados. Y en ese sentido, es preciso decir respecto a la ley de la colisión, que ésta es aplicable frente al encuentro de principios en un mismo caso. Según esta ley, las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otro se configura en el supuesto de hecho de una regla, siendo la consecuencia jurídica el principio que obtuvo la prioridad.

Asimismo, a diferencia de lo que sucede en el conflicto de reglas, el cual se resuelve en términos de validez, ante la colisión de principios se debe establecer una relación de precedencia condicionada a las circunstancias del caso concreto¹⁴.

Por último, Alexy introduce la idea de que la teoría de los principios es equivalente al principio de proporcionalidad, y esto se basa en la propia definición de los principios como mandatos de optimización; de hecho, Alexy señala: “Los subprincipios de idoneidad y necesidad se originan a partir del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades fácticas (...) En cambio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se origina a partir del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades jurídicas (...)” (2003: 103). Ahora bien, de esto se desprende que cuanto mayor sea el grado de cumplimiento o

¹⁴ “La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro” Alexy 1993: 92.

incumplimiento de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.

De esta manera, a través de la teoría de los principios y de la tesis de la optimización, Alexy tratará de establecer las diferencias estructurales entre los principios y las reglas.

A las dos teorías anteriormente descritas se suman los aportes de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en su muy conocido libro “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos” (1996). En esta obra se plantea que el Derecho no es simplemente un conjunto de reglas, sino de reglas y principios.

Algo que debemos destacar, pues contribuye a los propósitos de la presente tesis, son los tres enfoques con los cuales -según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero- solemos abordar a las normas, los cuales denominaremos de la siguiente manera: uno es el estructural, que observa a las normas como enunciados organizados de una cierta forma (casos y soluciones); el otro, el funcional, respecto al papel que las normas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios (razones para la acción); y el último, el social, por la conexión de las normas con los intereses y las relaciones de poder existentes en la sociedad, en tanto las normas pueden surgir de estas relaciones o pueden más bien crearlas y regularlas, otorgando poderes.

Respecto al enfoque social, en el cual encajan las políticas sociales que inciden de una u otra manera en las condiciones de vida de las personas para el adecuado ejercicio de sus derechos, debemos tomar en cuenta la importancia de las estructuras normativas a través de las cuales se pueden identificar los márgenes de acción que brinda el precepto constitucional a los poderes públicos para llevar a cabo estas políticas. Desde este panorama, incluso, corresponde resaltar que los principios han logrado otorgar una mayor elasticidad al discurso jurídico, estimulando una mayor carga argumentativa en el debate que gira en torno -por ejemplo- a las políticas públicas.

Por ello, es pertinente la acotación que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero ofrecen respecto al enfoque social de las normas:

(...) el poder que las normas jurídicas ponen a disposición de ciertos individuos -o grupos- es utilizado por éstos para modificar -o, en general, para incidir en- las propias relaciones sociales. Este tercer tipo de enfoque en relación con las normas -más bien

ligado a la sociología del Derecho- está en general ausente de las principales direcciones de la teoría del Derecho contemporáneo lo que en nuestra opinión, supone una limitación importante de la misma. (1996: 7)

Partiendo de un enfoque estructural, ambos autores van a distinguir entre las normas regulativas -enfaticando el contenido sustantivo de los sistemas jurídicos mediante la distinción entre las reglas y los principios- y las normas constitutivas -que responden a las exigencias institucionales de los ordenamientos a través de las normas que confieren poderes y las normas puramente constitutivas-. Esta distinción entre normas regulativas y normas constitutivas será, según Ruiz Manero, la caracterización más básica en la tipología de las normas constitucionales, pues resume las dos grandes funciones de la Constitución: otorgar competencias y regular su ejercicio¹⁵.

Respecto a las normas regulativas estos autores establecerán cuatro tipos ideales: las reglas, subdivididas en las reglas de acción y las reglas de fin; y los principios, subdivididos en los principios en sentido estricto y las directrices o normas programáticas. Esto se puede graficar del siguiente modo:

		Antecedente/caso/condiciones de aplicación	Consecuente/solución normativa
Reglas	Reglas de acción	Conjunto de propiedades genéricas (cerrado)	Solución normativa (cerrado)
	Reglas de fin	Conjunto de propiedades genéricas (cerrado)	Estado de cosas en forma plena Ponderación sobre los medios (abierto)
Principios	Principios en sentido estricto	Una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente (abierto)	Acción modulada (cerrado)
	Directrices o normas programáticas	Una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente (abierto)	Estado de cosas en la mayor medida posible (abierto) Ponderación sobre los medios

¹⁵ Con mayor precisión, Ruiz Manero señala: “(...) la configuración de las competencias de los órganos del Estado requiere de normas constitutivas, y más específicamente, de normas que confieren poderes normativos, que, al establecer las condiciones para ello, posibiliten a cada uno de estos órganos la producción de los resultados institucionales o cambios normativos en que consisten, precisamente, sus competencias. El establecimiento, en cambio, de límites y guías al ejercicio de esas mismas competencias requiere, no de normas constitutivas sino de normas regulativas, esto es, de normas que contengan modalizaciones deónticas en forma de obligaciones, prohibiciones y permisos” (Aguiló Regla, Ruiz Manero y Aienza 2007: 64).

Respecto a la clasificación antes señalada, los autores en cuestión van a destacar que no sólo los principios superan la estructura condicional (caso/solución) que por mucho se le asignó a las normas, sino que -incluso- las reglas pueden subdividirse de tal forma que algunas de ellas logran escapar de ese esquema tradicional. Este es el caso de las *reglas de fin*, o reglas para la obtención de un cierto estado de cosas, y las *reglas de acción*. Las reglas de fin dejan a discreción de sus destinatarios la selección de los medios causalmente idóneos para el logro de sus fines en forma plena, por lo que existiría un margen de discreción que no está presente en las *reglas de acción*.

Hecha esa precisión, y entrando en la distinción estructural entre principios y reglas, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero van a discrepar con la posición de Alexy -posición que reafirmarán en trabajos posteriores en contestación a ciertas críticas doctrinales, como se podrá apreciar en el artículo “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca” (2005) redactado por Ruiz Manero-, en tanto considerarán que únicamente los principios en sentido de *normas programáticas o directrices* pueden ser cumplidos en diverso grado, por lo que sólo éstas podrían considerarse mandatos de optimización, según la teoría de Alexy; sin embargo, ello no puede predicarse de los principios en sentido estricto, dado que la configuración de sus condiciones de aplicación determina que se haga aquello que constituye su contenido y no otro.

No por ello, los principios en sentido estricto dejan de distinguirse de las reglas, pues en los primeros las condiciones de aplicación son expresadas en forma abierta, en tanto que las reglas expresan sus supuestos en forma cerrada.

En ese sentido, las directrices serían mandatos de optimización en los términos de la teoría de Alexy pues dejan un margen de discreción para su cumplimiento, y sus condiciones de aplicación son abiertas. No obstante, las actuaciones que los poderes públicos llevan a cabo para alcanzar los objetivos impuestos por el precepto constitucional deberán encajar dentro de los márgenes de discreción que otorga la norma, pues aunque no los describa de manera expresa, estos márgenes (o límites) están dados por otros objetivos constitucionalmente ordenados: “(...) a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, en la conducta gobernada por directrices no se trata de determinar la prevalencia de una u otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible la consecución de todos estos objetivos” (1996: 33).

Ahora bien, no porque las normas otorguen un mayor margen de discreción a sus destinatarios, éstas se constituyen en directrices, ya que este margen de discreción también está presente en las reglas de fin; sin embargo, en este último caso los márgenes de discreción sólo operarían con respecto a los medios, y no para el cumplimiento de los fines que impone la norma. Por otro lado, otra distinción sería que las condiciones de aplicación en las directrices son abiertas, mientras que en las reglas de fin son cerradas.

Desde el enfoque funcional de las normas, o como razones para la acción, veremos que los autores en cuestión distinguen entre las razones de tipo utilitario que se encuentran presentes en las directrices y que establecen relaciones causales, y las razones de corrección presentes en los principios en sentido estricto que operan como razones últimas o finales y que establecen relaciones conceptuales¹⁶. En cualquier caso las razones utilitarias deberían ser superadas por las razones de corrección.

Al respecto, las directrices imponen a sus destinatarios exigencias de razonabilidad de los medios a emplear para la realización de los fines deseados, a efectos que otros principios no se vean afectados por la aplicación de dichos medios. En ese sentido, señalan Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: “Cuando se opera con directrices (...) la ponderación consiste principalmente en concretar un fin y/o sus formas de realización, teniendo en cuenta los límites marcados por otros fines y eligiendo medios que sean aptos para lograr el fin en cuestión, deteriorando lo menos posible el logro de otros fines también ordenados” (1996: 37).

Por ejemplo, para que el Estado pueda asegurar y promover el uso sostenible de los recursos hídricos, de conformidad con el artículo 67° de la Constitución, deberá establecerse un marco normativo e institucional para regular los derechos de uso del agua en sus fuentes naturales, esto se traduce en acciones concretas para establecer un orden de prioridad en el uso del recurso, lo cual se encuentra sujeto a su disponibilidad;

¹⁶ La distinción entre relaciones conceptuales y relaciones causales tiene vinculación con la distinción que hacen Atienza y Ruiz Manero entre principios en sentido estricto (estado de cosas) y directrices (acciones): “(...) en el caso de los principios en sentido estricto, la relación relevante entre acciones y estado de cosas es la relación analítica o conceptual, mientras que, en el caso de las directrices, la relación relevante es la causal” (Ruiz Manero 2005: 357). ¿Cómo debemos entender cada una de estas relaciones? Citando a Von Wright, Ruiz Manero señala que la relación entre un acto y su resultado es intrínseca, es decir, conceptual; en cambio, la relación entre un acto y sus consecuencias es extrínseca, es decir, causal. En otras palabras, el resultado de una acción guarda con esa acción una *relación intrínseca o conceptual*; mientras que las consecuencias de una acción guardan con esa acción una *relación extrínseca o causal*.

los tipos de uso y el pago de una retribución económica para promover que se mantenga o mejore la calidad de los recursos hídricos; y la designación de una autoridad competente para vigilar el cumplimiento de dicha normatividad.

Por ende, consideramos que la norma constitucional que se desprende del artículo 67° de la Constitución es una directriz, pues establece el deber del Estado de lograr un fin determinado en la medida de lo posible, sin que por ello la Constitución haya definido previamente cuáles son las acciones que el Estado deberá adoptar para cumplir con dicho fin; por lo que existe el riesgo de que los medios que se terminen empleando no sean causalmente idóneos para lograr los fines esperados, o lográndolos, se perjudiquen otros principios constitucionalmente relevantes.

En ese sentido, ¿es posible que los medios que termine seleccionando el Estado para el cumplimiento de una directriz, sean pasibles de control constitucional? Susanna Pozzolo señala que: “El juicio sobre las leyes adquiere color propio, es decir, se parece más a una valoración de las políticas implementadas o realizadas por el legislador (...). El constitucionalismo no es ya una mera cuestión de garantía, sino se convierte en una cuestión de políticas públicas, de gestión de los recursos” (2011: 27, 33).

¿Acaso la labor del Estado en la selección de los medios a emplear para el cumplimiento de las directrices y de sus fines, implica también que tenga que llevar a cabo tareas de priorización de los fines constitucionales? En efecto, en las directrices los poderes públicos no sólo están obligados a lograr estados de cosas de conformidad con los fines sociales, sino también, en hacerlo sin vulnerar los derechos fundamentales.

Otros aportes brindados sobre la estructura de las normas constitucionales lo encontramos en Joseph Aguiló Regla, quien en su artículo “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios” resume en el siguiente cuadro los elementos característicos de la tipología establecida por Atienza y Ruiz Manero:

Principios	Principios en sentido estricto	Directrices
Pertencen al género normas regulativas	Normas de acción	Normas de fin
Función directiva que cumplen.	Imponen límites	ordenan objetivos
Medida de cumplimiento	Cumplimiento pleno; todo o nada.	Mandatos de optimización; cumplimiento en la mayor medida...
Tipo de relación entre acciones y estados de cosas.	Vinculación conceptual o intrínseca, no causal, entre acciones y estados de cosas.	Vinculación causal o extrínseca, no conceptual, entre acciones y estados de cosas.
Juicios de adecuación de la conducta a las normas.	Juicio de corrección no graduable	Juicio de eficacia graduable
Valores sustantivos que incorporan	Valores últimos	Valores utilitarios

Cabe señalar que, para Aguiló Regla -oponiéndose a la posición teórica de Atienza y Ruiz Manero respecto a las razones de tipo utilitario de las directrices, las razones últimas de los principios en sentido estricto, y a la prevalencia que debe existir entre estas últimas respecto de las otras- las relaciones entre acciones y estados de cosas no difieren demasiado se trate de principios o de directrices, ello se debe a que en el caso de las dos la relación entre acciones y estado de cosas es primero causal y como consecuencia de ello también conceptual. Sin embargo, esta autor intuye que la insistencia en la prevalencia de la relación conceptual frente a la causal es necesaria para la teoría de Atienza y Ruiz Manero, en tanto permite sostener que los principios en sentido estricto, entre los que para Alexy se incluyen a los derechos fundamentales (2003: 119), prevalecen siempre sobre las directrices.

Sin embargo, según Aguiló sólo una vez que hemos determinado la relación causal, admitimos la relacional conceptual entre lo que se hace y el estado de cosas debido: “Las dificultades surgen de la asimetría que Atienza y Ruiz Manero establecen entre principios y directrices en el aspecto justificativo, pues según ellos los principios prevalecen siempre sobre las directrices porque mientras que los primeros incorporan valores últimos, las directrices, valores utilitarios” (2005: 338).

Para Aguiló tal distinción entre principios en sentido estricto y directrices tendría detrás un sesgo ideológico respecto a la prevalencia de los clásicos derechos de libertad

(razones de corrección o razones últimas) frente a los de igualdad, que suelen derivar en los de corte social (razones de tipo utilitario). Incluso el propio Alexy, en forma contestataria a las objeciones contra su tesis de la optimización -planteadas principalmente por Atienza y Ruiz Manero-, atina a señalar que la propiedad que tienen algunos principios de ser sólo cumplidos o incumplidos, y que por ello no puedan cumplirse en diferente grado, es trivial, pues -señala- todo principio puede adquirir una estructura *todo o nada* (es decir, de regla) si al precepto constitucional le agregamos una cláusula general de reserva que cierre la norma.

Un ejemplo de lo que plantea Alexy en nuestro contexto, podría caracterizarse de la siguiente manera: El artículo 2°, inciso 2, de la Constitución prescribe: “(...) Nadie debe ser discriminado por motivo de origen (...)”. Alexy diría que el precepto constitucional, tal como se encuentra planteado, se asemeja a un principio como mandato de optimización, por lo tanto, puede cumplirse de manera gradual. Si una medida estatal discrimina a alguien por motivo de su origen y las razones en las que se basa dicha medida no están justificadas por otro principio contrario de mayor peso, *entonces* dicha discriminación estará prohibida.

Respecto a tal discusión, Gloria Patricia Lopera Mesa -con un ánimo de conciliar ambas teorías, es decir, las planteadas por Alexy como por Atienza y Ruiz Manero-, en un artículo denominado “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización” (2004) construye la tesis de que los mandatos de optimización pueden comprender normas de cumplimiento pleno, si las entendemos como *frecuencia de la aplicación*, o sea, como una exigencia de cumplimiento en el mayor número de ocasiones posible; y en ese sentido debe entenderse la *gradualidad* en este tipo de normas, es decir, en los principios en sentido estricto. De tal manera que: “(...) la caracterización de los principios como mandatos de optimización sería predicable tanto de las directrices (prescriben estados de cosas) como de los principios en sentido estricto (prescriben acciones)” (2004: 231).

Habría que agregar que sobre dicha construcción planteada por Lopera, es decir, de los principios en sentido estricto como mandatos de optimización y de cumplimiento pleno en el mayor número de ocasiones posible, Ruiz Manero expresa su adhesión en tanto la tesis de la optimización resulta compatible con la tesis del cumplimiento pleno para el caso de

los principios en sentido estricto. En ese sentido, estas dos formas que expresan la esencia de las teorías de estos autores, pueden resumirse de la siguiente manera:

Según Atienza y Ruiz Manero	Principios	Como mandatos de optimización (en la mayor medida posible)
		En sentido estricto (de cumplimiento pleno)
Según la interpretación que hace Lopera de Alexy	Principios (mandatos de optimización)	Mandatos de optimización como intensidad de la aplicación (de 0 a 100%).
		Mandatos de optimización como frecuencia de la aplicación (exigencia de cumplimiento en el mayor número de ocasiones posible).

Habiendo precisado estas teorías, corresponde que expresemos algunas ideas con relación a las mismas. Respecto a la apreciación de Alexy sobre la posible existencia de un sesgo ideológico en la teoría de Atienza y Ruiz Manero que hace predominar los derechos de libertad frente a los derechos sociales, la consideramos algo equivocada si tomamos en cuenta que existen estudios de estos autores en los que aclaran que no siempre los derechos individuales corresponden a los principios:

(...) esto se ha leído en ocasiones, algo apresuradamente, como si hubiera una correspondencia biunívoca entre principios y derechos individuales. Esto es, entendiendo no sólo que todo principio fundamenta derechos individuales, sino que todos los derechos individuales se fundamentan en principios y sólo en principios. Y esto no es así, porque en nuestros sistemas jurídicos -y, dentro de ellos, también en nuestras Constituciones- podemos encontrar tanto derechos individuales fundamentados en principios como derechos individuales fundamentados en directrices y derechos individuales que tienen una fundamentación mixta, es decir, una fundamentación en la que concurren tanto principios como directrices. (Aguiló Regla, Ruiz Manero y Atienza 2007: 91-92)

Asimismo, nosotros consideramos relevante que desde el ámbito doctrinal se haga la distinción entre los principios en sentido estricto y las directrices, pues es posible apreciar que para el caso de las últimas se exige una mayor intensidad de las actuaciones que deben realizar los poderes públicos para el cumplimiento de las normas que las regulan, como sucede con los derechos sociales:

(...) en el primer caso (principios en sentido estricto), se trata de determinar la prevalencia o no del principio bajo consideración en relación con otros principios

eventualmente concurrentes; determinada esta prevalencia, el principio en cuestión exige un cumplimiento pleno; en el segundo caso (directrices o normas programáticas), se trata de diseñar y llevar a cabo políticas, que procuren el mayor grado de satisfacción posible de los diversos objetivos, interdependientes entre sí, a los que apuntan las diversas directrices. (Atienza y Ruiz Manero 2005: 346)

Frente a esto, Alexy ha señalado que la tesis del cumplimiento pleno propuesta por Lopera bien podría superar la discusión respecto a la distinción entre principios en sentido estricto y principios como mandatos de optimización.

Así también, compartimos las distinciones que Atienza y Ruiz Manero efectúan respecto a las relaciones conceptuales que predominan en los principios en sentido estricto, con las relaciones causales que predominan en las directrices como mandatos de optimización, y ello básicamente porque la “causalidad” pone de relieve la “idoneidad” de los medios seleccionados por los poderes públicos para el logro de los objetivos que establecen las directrices, lo cual -a su vez- hace necesario la existencia de un mecanismo de control que pondere los medios empleados con los fines perseguidos.

En efecto, vemos que en las directrices las acciones que despliega el Estado buscan establecer un estado de cosas ordenado por el precepto constitucional, estado de cosas que podría lograrse en cierto grado, pero al final lo que importará es que dichas acciones sean idóneas para hacer real y efectivo algo que en teoría es reconocido a las personas: sus derechos fundamentales.

Sin embargo, sí discrepamos con la tesis de Atienza y Ruiz Manero cuando señalan que la relevancia de mantener dicha distinción, es decir, respecto a los principios en sentido estricto y las directrices, es destacar la conexión de unas con valores últimos y la conexión de las otras con valores utilitarios, y que por ello los principios en sentido estricto prevalecen “definitivamente” sobre las directrices (Ruiz Manero 2005: 355).

Respecto al primer punto, consideramos que el inadecuada uso de los términos empleados para calificar la conexión entre los principios en sentido estricto con valores últimos y la conexión entre las directrices con valores utilitarios, lleva a ciertas confusiones. Es por ello que valen las precisiones que sobre el particular efectúa Ruiz Manero, al señalar que dicha distinción tiene por objeto destacar que los fines utilitarios son: i) el monto global que de un bien se haya logrado producir, ii) que pueden o no ser

susceptibles de distribución, y iii) que deben ser adscritos a todos por igual (Ejemplo: el medio ambiente, el empleo y una política criminal que disminuya los casos de robo agravado); y los valores últimos son bienes que deben ser adscritos por igual a todos y cada uno, y que operan como límite de las acciones para lograr la maximización de los tres tipos de fines utilitarios antes mencionados.

En ese sentido, cuando Atienza y Ruiz Manero se refieren a la primacía de los principios frente a las directrices, es decir, a la primacía de los valores últimos frente a los valores utilitarios, quieren expresar -desde un individualismo igualitario- la aspiración de que todos y cada uno de los seres humanos sean tratados como iguales, y que dicha exigencia igualitaria constituya un límite frente al diseño de políticas maximizadoras de cualquier tipo (2005: 365). Por lo que, sobre la base de dicha aclaración, descartaríamos la posibilidad de que estos autores pretendan señalar que los valores utilitarios se encuentran desprovistos de valores últimos, o que las directrices no respondan a fines o razones finales.

Consideramos que las directrices como mandatos de optimización también son principios que revisten una dimensión moral, que imponen límites “a los cálculos meramente utilitarias” y que evocan una flexibilidad normativa en contextos pluralistas (García Figueroa 2009: 103). En ese sentido, sin la precisión hecha por Ruiz Manero, consideraríamos que -efectivamente, tal como al parecer entendió Aguiló- se estaría dejando de lado el carácter instrumental de las formas de guiar la conducta que encontramos en las directrices, confundiéndolas con fines en sí mismos.

Otro aspecto que no compartimos de la teoría de Atienza y Ruiz Manero es la idea de que la priorización de fines y los juicios sobre las relaciones de medio-fin que se presentan en las directrices es un asunto que debe reservarse o encomendarse únicamente a los órganos del Estado que gozan de legitimidad democrática, es decir, al legislador. Esto resulta algo contradictorio si tomamos en cuenta que Ruiz Manero reconoce que en materia de directrices, la función de los tribunales consiste en controlar que los órganos democráticamente legitimados no desborden los márgenes de discrecionalidad que otorgan las directrices (2005: 359).

En efecto, no resulta coherente que por un lado se diga que en materia de directrices los tribunales cumplen una función de control respecto de los órganos democráticamente

legitimados, y que al mismo tiempo se diga que dichos tribunales no puedan llevar a cabo juicios sobre las relaciones de medio-fin que se presentan en las directrices.

Tal contradicción es una de las principales críticas que formulamos a la tesis de Atienza y Ruiz Manero, pues el hecho que las directrices sean mandatos de optimización que pueden tener diversos grados de cumplimiento (“en la mayor medida de lo posible”), no impide que sobre tales grados y sobre sus procedimientos no pueda ejercerse ningún tipo de control del poder político, por parte de la jurisdicción constitucional.

Al respecto, consideramos que la priorización de fines y los juicios sobre las relaciones de medio-fin son el resultado de la discrecionalidad que ejercen los destinatarios de las directrices, es decir, el poder político; por lo que es posible que los tribunales puedan controlar constitucionalmente el ejercicio de dicha discrecionalidad a efectos de sancionar aquellos actos que desborden los márgenes razonables de acción.

Luego de haber revisado de las principales posiciones doctrinales respecto a la tipología de las normas constitucionales, es preciso destacar en la presente investigación la conexión funcional que existe entre un determinado tipo de norma con las acciones concretas adoptadas por el Estado en el ámbito de las políticas públicas, para efectivizar en la mayor medida posible los derechos fundamentales. En efecto, como señala Ruiz Manero:

Por lo que hace a las directrices, lo esencial al respecto que ahora nos ocupa es que los fines o estados de cosas a los que cada una de ellas apuntan necesitan, de un lado, ser concretados y, de otro, articulados con los demás fines a los que apuntan las demás directrices. Proponer concreciones de estos fines, elaborar y adoptar políticas que los articulen entre sí y procuren el mayor grado posible de satisfacción de todos ellos es asunto centralmente encomendado al proceso político, a la regla de la mayoría y a la discreción de las autoridades constitucionales. Y aquí, a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, el juicio acerca de las políticas diseñadas para dar cumplimiento a las directrices no es un juicio todo-o-nada, sino graduable: en relación con un cierto objetivo hay políticas o cursos de acción más o menos eficientes, pero el juicio acerca de la eficiencia de unos y otros y las decisiones acerca de su adopción están encomendados al proceso político ordinario y sólo resultarían constitucionalmente inadmisibles aquellos cursos de acción que cualquier persona razonable no podría ver más que como absolutamente ineficientes, es decir, como absolutamente inidóneos para

procurar en grado alguno el objetivo ordenado (...). (Aguiló Regla, Ruiz Manero y Atienza 2007: 90-91)

3. EL ROL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA DEMOCRACIA: EL ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO.

Un elemento característico del Estado Constitucional, mencionado en apartados anteriores, es el nuevo paradigma judicial que empiezan a bosquejar los jueces y tribunales constitucionales a través de fallos controversiales, quienes por ejercer el control constitucional de las normas terminarán siendo acusados de exceder el ámbito jurídico para invadir espacios reservados a los procesos políticos ordinarios que conforman la democracia. Como es claro, esto dio cabida a que se cuestionase la injerencia del Poder Judicial en las decisiones adoptadas por el Poder Legislativo, lo cual atentaba supuestamente contra el sistema democrático.

En efecto, el argumento contramayoritario que mayor crítica y oposición ha tenido en los últimos tiempos es el control judicial, entiéndase que por oponerse en muchos casos a imposiciones de tipo mayoritario contenidas en las leyes, y porque los derechos fundamentales se consideran derechos o “triumfos” contra la mayoría (Dworkin 1984). Este control constitucional se desarrolló en virtud a dos hechos: la decisión *Marbury vs. Madison* en 1803 dictada por la Suprema Corte de Estados Unidos y la creación del Tribunal Constitucional de Austria en 1920.

Esto dio cabida a que en el año 1962 el constitucionalista norteamericano Alexander M. Bickel acuñase la frase “dificultad contramayoritaria” en su libro “*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*”, para afirmar que el control judicial “es una institución anómala y contramayoritaria del sistema democrático norteamericano” (Santiago Juárez 2007: 62). Esta tesis cuestionaba principalmente la falta de legitimidad de los jueces constitucionales para inaplicar o invalidar actos legislativos expedidos por un parlamento compuesto de representantes elegidos por la voluntad de la mayoría, en el marco de una democracia. En la práctica, lo que se cuestionaba era la defensa de intereses de grupos minoritarios, los cuales eran confrontados con los valores mayoritarios.

Estos argumentos en contra del control judicial encontraron continuidad en otros autores como Jeremy Waldron (Bayón 2005: 216), para quien existen razones coherentes en considerar que los mismos riesgos de arbitrariedad que los constitucionalistas encuentran

en las decisiones de la mayoría, también podrían darse en las decisiones adoptadas por un grupo de jueces, quienes en los casos de alta conflictividad moral terminan imponiendo al Estado y a la sociedad aquello que desde su propia lectura consideran “correcto”.

Sin embargo, para autores como Joseph Raz, una manera de superar las objeciones contramayoritarias, sería entender el control judicial de constitucionalidad en relación con un modelo de división de poderes entre los diferentes órganos de gobierno; por lo que se trataría más bien de una división del poder político, no una separación de poderes que coloca al Poder Judicial fuera de la política. Asimismo, a su parecer existirían diversas consideraciones políticas, un grupo de las cuales el control judicial debe ocuparse, y al mismo tiempo alejarse de otras. Para esto es necesario garantizar un Poder Judicial fuerte e independiente, conservador y radical (2001: 68-71).

Cabe señalar que el dilema contramayoritario no sólo se restringe al control constitucional que ejercen los órganos jurisdiccionales, ya que la función de los derechos fundamentales y las políticas de inclusión diseñadas por cada Estado también son expresiones contramayoritarias, mucho más necesarias en democracias procedimentales, e instituciones básicas del Estado Constitucional de Derecho, las cuales permiten completar la esfera de reconocimiento de derechos y de representación de intereses, en tanto garantizan que las minorías también puedan ser incluidas en la búsqueda libre de su ideal de vida.

Dadas estas tensiones entre Constitución y democracia, entre control constitucional y regla de la mayoría, nos queda la interrogante sobre cuál podría ser el camino menos gravoso para lograr la satisfacción de derechos, sin caer en criterios perfeccionistas o de moral positiva, y sí más bien, de moral crítica; con qué otras estructuras alternativas cuentan los sistemas jurídicos para complementar el concepto tradicional de democracia y darle un contenido que permita el reconocimiento de derechos tanto a la mayoría como a las minorías.

Las más frecuentes críticas a la estructura constitucional, en palabras simples, pretenden sustentar que el control constitucional debería estar en manos de los sujetos a quienes se pretende controlar, un contrasentido que en la práctica se traduciría en consentir la existencia de un legislador tardío e infalible.

Consideramos que un error de razonamiento en la tesis de la dificultad contramayoritaria es creer que el control judicial permite colocar la labor de los jueces constitucionales en plan de sustituir, en cualquier oportunidad, los mecanismos de toma de decisiones y de formación de políticas públicas reservados a las instituciones democráticas. Esto no es así, más bien consiste en equiparlo con un “mecanismo de revisión posterior” que busca desvincular a los individuos de la voluntad política y del legislador tardío, dándoles armas eficaces para exigir al Estado, luego de comprobada la omisión o el error, la adopción de las medidas rectificadoras en orden al Derecho y a la justicia.

Efectivamente, la inacción del legislador o del ejecutivo deja un amplio margen de acción al control judicial, de no ser así, se estaría sugiriendo que los individuos tengan que estar sujetos a la esporádica voluntad rectificadora de los poderes públicos¹⁷.

Por ello, creemos que la tesis de la dificultad contramayoritaria constituye una buena justificación teórica de los Estados para demorar cualquier reconocimiento de derechos a las minorías y evitar, bajo argumentos de menor peso, que la jurisdicción constitucional pueda corregir aquellas acciones estatales que vulneren los derechos fundamentales y los principios constitucionales¹⁸.

En efecto, para algunos Estado ciertos principios que se desprenden de la igualdad, tales como la inclusión y la tolerancia, complican el funcionamiento de los sistemas democráticos al momento de diseñar sus políticas de acción, ya que no es lo mismo brindarle educación primaria en forma eficaz a un grupo de diez estudiantes con habilidades semejantes, a brindárselo a un grupo de diez estudiantes, de los cuales tres tienen discapacidad auditiva y dos tienen discapacidad visual. En sociedades homogéneas, estos estudiantes que tienen alguna discapacidad, por el hecho de ser “diferentes” a la mayoría, tendrían que asumir que tienen -como todos- derecho a la educación, pero

¹⁷ Será tarea de la teoría constitucional seguir estableciendo garantías para que la interpretación constitucional no sobrepase los límites del contenido esencial de los derechos y de los principios democráticos. No obstante, debido a la existencia de este riesgo no se puede admitir que se anulen las facultades discrecionales y de control del juzgador. Los límites de este control los podemos encontrar en los principios de interpretación constitucional, la regla de la ponderación y el precedente vinculante, este último con mayor efectividad en otros sistemas constitucionales.

¹⁸ No utilizamos el término desde la concepción perfeccionista planteada por Joseph RAZ, para quien el pluralismo implica la disponibilidad de una amplia gama de opciones (diversas formas de vida) moralmente valiosas; sino en un sentido normativo tolerante de la realidad social compleja, que admite diversas visiones de la vida en comunidad, y a la cual se le otorga un carácter democrático.

resignarse a que en términos reales no podrán ejercer dicho derecho porque todo el sistema educativo está configurado de tal manera que se garantice que solo “la mayoría”, integrada por personas sin discapacidad, pueda acceder a él.

Sin embargo, este deber de “diferenciación” que ahora es parte del proceso de reconocimiento de los derechos, desborda el concepto procedimental de democracia, haciendo legítimo que determinadas minorías puedan exigir la satisfacción de sus derechos fundamentales en condiciones dignas y de igualdad (sustancial), empleando para tales fines las garantías institucionales que prevé el sistema constitucional, ¿puede esto tener algo de antidemocrático?

Prieto Sanchís señala: “Si se quiere una Constitución axiológica y de principios, una Constitución normativa compuesta de normas materiales o sustantivas, se debe pagar un precio, y ese precio es confiar a los jueces la última palabra sobre la ley, aunque ello condicione -no pocas veces y de manera decisiva- la acción del legislador (1998: 43-45). Al respecto, se verá que la expansión del papel protagónico de los jueces constitucionales -dejando atrás el viejo paradigma paleoliberal del que nos habla Ferrajoli- crecerá aún más en el ámbito de los derechos sociales, tales como la salud, la educación, el empleo y la seguridad social, constituyéndose en un límite real de la democracia política que irá a la par con el Estado Social, con lo cual el juez ya no se verá restringido al ámbito netamente jurídico, sino que sus interpretaciones podrán alcanzar la esfera económica, presupuestal o prestacional (Ferrajoli y Atienza 2011: 94).

En lo que se refiere a la defensa de los derechos fundamentales y el respeto de los principios constitucionales, la jurisdicción constitucional debe entenderse como un contrapoder para ejercer el control necesario y para ordenar las rectificaciones del caso. Asimismo, en términos de legitimidad y desde una mirada retrospectiva, no se puede soslayar el gran peso institucional que la jurisdicción constitucional ha logrado obtener, con importantes aportes “en la construcción de perspectivas jurídicas de orientación común, tendencialmente universales” (Zagrebelsky 2007: 498), abriendo espacios para el método interpretativo y la comparación constitucional de las prácticas jurisprudenciales, en algunos casos bien recibidas y en otros muy criticadas.

Frente a todo esto, ¿nos debería preocupar la legitimidad democrática de la justicia constitucional? Desde nuestro punto de vista, no. Si la entendemos como una expresión

contramayoritaria, poco encontraremos en ella de legitimación democrática, porque justamente su legitimidad se haya en contraponer a la mayoría los derechos de las minorías. Si su papel ha sido de instrumento de gobernabilidad, y en ese sentido, una herramienta para las democracias, su principal función es limitarla (Zagrebelsky 2008: 102).

Sin embargo, ¿qué hace que la jurisdicción constitucional pueda abordar espacios antes sólo reservados a las cuestiones políticas, y por ende, no justiciables? Definitivamente el modelo de justicia aplicable en el Estado Constitucional responde a una noción de Constitución, y ésta, a una determinada tipología de normas constitucionales, aunque esto pudiese someternos a los riesgos de la discrecionalidad invasiva e irrazonable. Si antes las normas de la Constitución se interpretaban en función de lo que otros hace mucho dijeron, ahora se deben interpretar en base a principios, y éstos son estructural e interpretativamente abiertos, por tanto, flexibles a los cambios y al futuro.

Justicia y política, entiéndase ésta relación como el principal conflicto y desacuerdo de quienes creen que en el Estado Constitucional aún pueden existir espacios exentos de control. Y claro, admitir una teoría de los principios y una determinada tipología de normas constitucionales, hace posible que la jurisdicción constitucional -valiéndose de la apertura de los principios y de una jurisprudencia creativa y conflictiva- ingrese a revisar temas reservados a la decisión política: “(...) Separarse de los orígenes -se dice- significa aumentar la discrecionalidad; discrecionalidad equivale a politización; la politización es incompatible con el carácter judicial de la justicia constitucional y ofende la separación de poderes haciendo daño al legislativo; la ofensa a la separación de poderes, a su vez, mina la legitimidad de la justicia constitucional” (Zagrebelsky 2007: 501).

¿Qué papel juega la jurisdicción constitucional en las relaciones conflictivas con otros poderes? Sea cual fuese el espacio que se considere invadido, mientras existan razones válidamente expresadas, los órganos de justicia constitucional son instancias de cierre relevantes para la delimitación y protección de un ámbito material de derechos del individuo, este espacio debe ser infranqueable para los poderes públicos.

Estos órganos de justicia constitucional cumplen una labor fundamental en las sociedades pluralistas, donde con frecuencia se presentan relaciones conflictivas entre

los poderes públicos y los grupos minoritarios. Esto trae consigo la abierta y libre oposición hacia diversas políticas de Estado, lo cual es posible porque aún democracia, en especial en las de tipo procedimental, la toma de decisiones puede conllevar al uso abusivo del poder legítimo. En estos casos el juez constitucional está llamado a adoptar una posición protectora de los derechos, aún en contra de la voluntad de la mayoría parlamentaria o poblacional.

Estas decisiones conflictivas son resultado de una jurisprudencia creativa -aunque desde otra perspectiva se les considere engendros de un activismo judicial-, responden a una noción de Constitución como principio, aunque luego susciten amplios debates y constantes críticas en diversos ámbitos, son -y nadie lo puede negar- reflejo de una sociedad pluralista donde con frecuencia se manifiesta una variedad de intereses y existen valores contrapuestos.

4. LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES VS. EL ROL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO AGENTE DE CAMBIO SOCIAL.

El estudio y el debate respecto a los posibles impactos de las decisiones de la justicia constitucional en el ámbito político, no es una cuestión reciente. La doctrina constitucional norteamericana, con Robert Dahl (1975) y Martin Shapiro (1962) a la cabeza, ha sido una de las primeras corrientes en hacer evidente el impacto político de la jurisdicción constitucional, lo cual ha ido a la par con la creciente legitimidad adquirida por las cortes y los tribunales constitucionales en diversas partes del mundo después de la Segunda Guerra Mundial.

Principalmente, lo que estos autores han destacado al analizar los posibles conflictos entre el Derecho y la política, es el importante rol que desempeña la jurisdicción constitucional al limitar el poder de los gobiernos, a través de la razón jurídica que subyace a la protección de los derechos fundamentales, lo que en definitiva juega un papel importante en la configuración y consolidación de las democracias constitucionales.

Al respecto, es indefectible que tengamos que referirnos -siquiera a grosso modo- a las corrientes judiciales que surgieron para modular el nivel de control que pueden ejercer las cortes y los tribunales constitucionales en la tarea de garantizar la supremacía constitucional y el respeto de los derechos fundamentales. Nos referimos a la corriente

judicial auto-restrictiva (judicial self-restraint) que la Suprema Corte de Estados Unidos adoptó para la solución de casos difíciles, y la corriente del activismo judicial (judicial activism) que tuvo su origen en la decisión *Marbury vs. Madison* en 1803 y que en su versión más desarrollada niega la existencia de espacios exentos de control constitucional.

La corriente judicial auto-restrictiva introduce la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (political questions), la cual parte por identificar la existencia de cuestiones constitucionales no pasibles de control (Landa 2000: 111).

Es a través de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables que se empiezan a delimitar los espacios exentos de control, y a presentarse situaciones en las que se contraponen las decisiones constitucionales con el poder legislativo y el poder ejecutivo; claro, esto sólo podía darse de manera incidental, dado que definir una cuestión política no era tan sencillo, si se toma en cuenta -además- que ésta por lo general va acompañada del contexto coyuntural que hace que determinada materia pública tenga un contenido político. En ese sentido, la calificación de un proceso constitucional como político o no, no puede ser resuelta *a priori*, sino a partir de las particularidades de cada caso concreto.

Este ámbito de tensión entre el Estado Constitucional y la democracia¹⁹, hacía necesario que se establecieran algunas consideraciones que permitan fijar las líneas fronterizas entre la jurisdicción constitucional y las cuestiones estrictamente políticas que operan dentro del marco dogmático y competencial que establece la Constitución.

Es debido a ello que todavía podemos observar que nuestra Constitución mantiene entre sus preceptos algunas cuestiones políticas no justiciables, que tienen por finalidad sustraer ciertas decisiones políticas de cualquier tipo de control, en especial del jurisdiccional. Ejemplos de esto los podemos hallar en el artículo 70° de la Constitución cuando establece que en los procedimientos de expropiación sólo es posible promover acción ante el Poder Judicial para cuestionar el valor de la propiedad que el Estado haya decidido expropiar. Así también, el párrafo final del artículo 200° de la Constitución, al establecer

¹⁹ “La oposición entre jurisdicción y legislación se traduce en la juridificación de toda cuestión política: no queda espacio libre para la voluntad del legislador. Con una Constitución que encamina al legislador, que lo guía y dirige, es decir, con una Constitución sustancialmente regulativa, el Poder Legislativo no sirve más que para traducir en normas los principios superiores; en este caso, el Poder Judicial puede sustituirlo sin ninguna usurpación de poder, ya que se trata de una mera aplicación. La democracia se expresa -o, más bien, se sublima- a través de la aplicación de los valores enunciados en el texto fundamental” Pozzolo 2011: 18.

que en los procesos de hábeas corpus y amparo promovidos durante la vigencia de los regímenes de excepción, el órgano jurisdiccional competente únicamente podrá examinar la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo, mas no le corresponde cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

No obstante, esta doctrina para algunos autores ya fue superada por las recientes innovaciones de la jurisdicción constitucional en el ámbito de las políticas públicas, por lo que ésta sería: “Una tesis (...) que consagra la impunidad constitucional de los actores ‘políticos’, y que niega el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia a quienes son víctimas de los ‘actos políticos’ eximidos del control de constitucionalidad” (Sagüés 2011: 531).

Una clave fundamental para desechar este tipo de doctrinas es tener presente nuestra noción de Constitución (normativa) y la tipología de normas constitucionales. A partir de esto, no es debido que la jurisdicción constitucional restrinja sus facultades de control, pues con ello se corre el riesgo de limitar el contenido dogmático de la Constitución y su efecto de irradiación; por el contrario, la Constitución no debe ser ni más ni menos que el cristal a través del cual se analicen y resuelvan las cuestiones controvertidas presentadas ante al juez: “El Tribunal decide no sobre la Constitución, sino según la Constitución” (Zagrebelsky 2008: 33), por ello la importancia de las técnicas de interpretación, y los deberes de argumentación y motivación de las decisiones judiciales. Con ello se garantiza el alcance normativo de la Constitución y se asegura la razonabilidad de sus interpretaciones.

Cierto es que el juez no puede ignorar las consecuencias políticas y económicas de sus fallos, pues de nada sirve declarar el derecho y ordenar su reparación al margen de las posibilidades fácticas existentes para su cumplimiento, pues a lo mucho habrá una justicia declarada, mas no una justicia real; pero tampoco le corresponde al juez acatar ciegamente el programa político del gobierno para el desarrollo de los derechos, pues podría estar dejándose en el camino a grupos excluidos y sin protección²⁰.

²⁰ “La existencia de un programa que se interpusiera entre la resolución concreta y la Constitución, sería esencialmente inconstitucional, chocaría con el deber de fidelidad a la Constitución en general, deber que excluye todo vínculo originado por acuerdos contingentes, como los que nacerían de un programa partidista”. Zagrebelsky 2008: 71.

Por ello, el juez constitucional sumiso ante los poderes y auto-limitado a sus competencias de control, o pegado a la literalidad y desligado de su contexto, no puede obtener justicia para las partes:

Estas posiciones extremas (...), expresan, por un lado, el voluntarismo judicial de muchos jueces, basados fundamentalmente en un criterio discrecional de la justicia, que se identifica usualmente con su adicción al poder político, y; por el otro, el positivismo judicial formalista que fosiliza al Derecho Constitucional alejándolo de la realidad; siendo que les corresponde controlar la constitucionalidad de las decisiones políticas hechas ley, a través del método jurídico, aunque no mediante el agotado método tradicional. (Landa 2000: 123)

Más que una cuestión meramente ideológica, puede resultar siendo una cuestión de técnica y de auto-corrección, es por ello que la doctrina nos habla de una tercera corriente judicial denominada activismo judicial moderado, que busca fundar en razones prácticas la intervención judicial, como criterio jurisprudencial funcional frente a las cuestiones políticas (Landa 2000: 113). Esto pasa por un criterio de razonabilidad y de análisis de posibilidades que no permite que de plano se rechace la revisión de cuestiones políticas que podrían estar vulnerando el contenido normativo de la Constitución; hacerlo implicaría que la corte o el tribunal constitucional viole los deberes propios de la administración de justicia y el derecho de los justiciables, así como admitir que bajo el argumento de las facultades privativas de los poderes políticos, sus actos puedan estar exentos de control.

Para algunos autores el grado de activismo judicial de una corte o un tribunal constitucional suele determinarse por el número de normas con rango de ley que han sido invalidadas por la jurisdicción constitucional en un determinado período: mientras más normas anuladas existan, más activista se reputará dicha corte o tribunal. Otros autores denominan a este activismo “cuantitativo”: “(...) la mera `productividad`, el deseo de exhibir grandes números en la rueda de prensa que cada año se celebra para mostrar el trabajo desarrollado por el Tribunal (...)” (Zagrebelsky 2008: 43).

Es más, evaluar el activismo judicial sólo desde la posible anulación de normas quedaría corto, si tomamos en cuenta que a través del uso cada vez más creciente de sentencias interpretativas por parte de la jurisdicción constitucional, ésta -sin que medie una anulación- termina efectuando correcciones de naturaleza legislativas, lo cual es tomado

por los órganos políticos como una clara intromisión y sustitución de las labores del Parlamento.

Sin embargo, debemos tener presente que este activismo cuantitativo criticado muchas veces, si bien podría responder a un afán de anular normas bajo una errada noción de “productividad”, también podría responder a un gobierno poco respetuoso de la Constitución.

Otra figura jurídica presente en la doctrina constitucional como otra forma de activismo de la jurisdicción constitucional, es la doctrina de la “inconstitucionalidad por omisión”, para nosotros muy importante por su relación con la capacidad de los jueces para actuar como importantes agentes de cambio social.

Otto Bachof ha señalado que el juez constitucional muy a menudo se encontrará frente a situaciones conflictivas, y esto se debe al alcance de sus resoluciones. En efecto, si bien resuelve casos particulares, sus decisiones pueden ir más allá de éstos. Es por ello que, señala Bachof: “el juez constitucional no puede ni debe perder de vista las consecuencias de su sentencia -consecuencias a menudo eminentemente políticas” (1966: 127). De aquí el peligro de la judicialización de la política.

Esto complementa adecuadamente los argumentos que -por otro lado- señalan que cualquier intromisión de la decisión constitucional en el ámbito político sería un quebrantamiento del sagrado principio de separación de poderes, instaurándose un “gobierno de los jueces”. Claro, algunas opiniones plantean que la aplicación del derecho implica también valoraciones políticas por parte del juez, de esto -como hemos dicho- nace el temor de que pueda terminar adoptando decisiones que le correspondan al legislador democrático. Y es que no podemos negar el papel político que inevitablemente cumple la jurisdicción constitucional como órgano controlador de los poderes políticos: “Determinar si una ley es o no constitucional es, desde luego, una operación jurídica, pero, inescindiblemente, como acto de control entre poderes, también posee naturaleza política” (Sagüés 2011: 532).

Sin embargo, si existen argumentos que justifiquen que el juez constitucional se detenga a evaluar los posibles alcances políticos de su resolución, éstos serían el tipo de normas constitucionales que, expresadas en principios por su amplio contenido axiológico, le brindan al juez un mayor margen de interpretación; la evaluación del contexto político

inicial de la norma que se pretende aplicar o inaplicar para la solución de la controversia constitucional; y la evaluación de las posibilidades políticas para el efectivo cumplimiento del precepto constitucional.

Habiéndose ya abordado las principales tesis sobre la tipología de las normas constitucionales²¹, corresponde abordar lo correspondiente al análisis del contexto político inicial de la norma relevante para la controversia constitucional, y la “posibilidad política de realización” de lo ordenado en la decisión constitucional, operaciones que en muchos casos deberá efectuar el juez en cualquier controversia de relevancia constitucional que se le presente.

Como vemos, ambos puntos se refieren a la capacidad del juez constitucional de evaluar el contexto político que definitivamente influirá en la eficacia práctica de sus fallos.

Al respecto, no está de más señalar que en ambos análisis mencionados está más presente que nunca los derechos fundamentales, como límites infranqueables por el poder político, y que en ningún caso pueden ser soslayadas por la jurisdicción constitucional durante el control de las cuestiones políticas. Por ello, lo errado sería -por ejemplo- que la “posibilidad política de realización” influya en las argumentaciones jurídicas del fallo, pues a lo mucho debe servir para que el juez constitucional cumpla con su deber de llamar la atención del legislador por una norma, acción o política deficiente: “En el conflicto entre derecho y política, el juez sólo está obligado ante el derecho. Pero le es lícito esperar que el legislador le evite en lo posible este conflicto, no por su propio bien sino por respeto al derecho (Bachof 1966: 140).

Ahora bien, el control constitucional de las decisiones políticas del poder legislativo o de los actos políticos del gobierno, no tienen por qué ser interpretados de plano como un quebrantamiento del principio de separación de poderes, si entendemos este clásico

²¹ Al respecto, es pertinente la siguiente cita: “(...) tanto el texto jurídico como el sistema de valores en que se basa la Constitución, constituyen la norma suprema en la medida que representan una manifestación de los institutos u órdenes concretos que anidan previamente en la sociedad civil (...); en virtud de lo cual, tiene carácter vinculante para los poderes públicos, instituciones y ciudadanos y, en consecuencia, son inmunes a las normas legales y decisiones políticas del legislador o del Presidente que las infrin[g]an. Esta supremacía constitucional, sin embargo, tiene matizaciones y distinciones, dada la amplia textura normativa del propio texto constitucional, como de sus presupuestos materiales, que se encuentran en el preámbulo, las declaraciones finales, las normas de principios, derechos, garantías, así como, en las normas orgánicas y competenciales (...)”. Landa 2000: 124

principio ya no como la existencia de compartimientos públicos estancos, sino como control y balance de poderes (Landa 2000: 129).

Desde otro punto de vista, como el planteado por Zagrebelsky, la política tendría una doble significación a la luz del *pactum societatis* (acuerdo previo de garantías mínimas) y el *pactum subiectionis* (acuerdo de sujeción al gobierno de la mayoría): en el primer caso, la política sería una actividad dirigida a facilitar la convivencia, y en el segundo, la política es una lucha entre partes por el poder. Sólo bajo el primer enfoque, la jurisdicción constitucional estaría dentro de la política, pero también podría ser su juzgador (Zagrebelsky 2008: 29, 46).

Recientes estudios evalúan a la jurisdicción constitucional como un importante agente de cambios sociales (entendido en el sentido más amplio: cambio social de naturaleza económica, cultural, religiosa, educativa, etc.), sin desligarse de las corrientes clásicas que distinguen entre una jurisdicción auto-restrictiva y una jurisdicción activista; de esta manera tendremos que la jurisdicción constitucional podría actuar como “agente convalidante de un cambio social”, cuando una declaración de constitucionalidad puede ratificar dicho cambio, ya sea porque realmente es compatible con la Constitución o porque la jurisdicción decidió internamente abstenerse de controlarla -por ejemplo- por considerarla una cuestión política no justiciable. Pero también podría actuar como “agente conductor o inductor de un cambio social”, cuando justificado por la inacción de los órganos políticos y valiéndose de su resolución, dispone y ordena la introducción de dicho cambio a los otros poderes, tal es el caso de la inconstitucionalidad por omisión (Sagüés 2011: 528-529).

El principal problema surge cuando dichos cambios están relacionados con la afectación de partidas presupuestales que podrían no estar disponibles, o estándolo, nunca se terminan por emplear bajo el argumento de que el derecho se encuentra amparado por normas directrices.

De hecho, el reconocimiento de directrices que expresan mandatos de optimización como un tipo de norma constitucional, sería uno de los argumentos fuertes de la tesis que niega la posibilidad de controlar constitucionalmente cuestiones políticas, debido a que la estructura abierta de dichas normas impediría que la jurisdicción constitucional pueda

actuar en materia de cambios sociales. Nosotros diríamos más bien que sería todo lo contrario, pero eso se verá más adelante.

Para concluir este apartado, consideramos pertinente acotar que frente al posible conflicto entre el Derecho y la política, entre la jurisdicción constitucional y el legislador democrático, cabe anotar lo señalado por Bachof: “las ventajas de un control efectivo de la legislación, que por primera vez nos ha traído la plena eficacia de la Constitución, superan ampliamente los inconvenientes de algunas raras transgresiones” (1986: 844).

De manera similar, creemos que los riesgos de la politización de la justicia o de la judicialización de la política, que si bien son problemáticas imposibles de evitar, se reflejan en casos esporádicos:

Porque si se acepta que la Constitución contiene lagunas políticas excluidas al control de la jurisdicción constitucional, se estaría consagrando que junto al orden jurídico constitucional, exista otro orden político desvinculado del control constitucional y al libre arbitrio del poder mayoritario de turno, que podría estar soslayando actos ilícitos o contrarios a la Constitución (...). Por eso, el peligro de dejar inmune a determinadas leyes por ser una *political question*, en base a las imperfecciones de la judicialización de la política, abre la posibilidad de un peligro mayor e insalvable para la libertad y la división del poder (...). (Landa 2000: 138)

SUB CAPÍTULO 2: LA POLÍTICA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.



1. RÉGIMEN POLÍTICO, GOBIERNO Y ACTORES EN EL DESARROLLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

¿Hablamos de lo mismo cuando nos referimos a la política y a las políticas públicas? No. La política es una disciplina muy amplia referida a la noción del poder, a sus formas y a su ejercicio en la sociedad; en cambio, las políticas públicas se refieren a planes de acción de gobierno específicos sobre los asuntos públicos, diseñados con el objetivo de generar un cambio social (Garretón 2004: 31). En ese sentido, el símil no es correcto, mas sí es correcto afirmar que existe una estrecha vinculación entre la política y los procesos de formulación de las políticas públicas.

Podemos definir una política pública (policy) “como una función condicional desde las interacciones políticas y económicas hacia una acción concreta”. En tal sentido, una acción política (policy action) es “el resultado específico de la aplicación de dicha función”; y un resultado de política (policy outcome) es “la consecuencia (intencional o de otro tipo) de la aplicación de una acción política específica dentro de un contexto particular del mundo real” (Morón y Sanborn 2008: 34).

Considerando las principales variables que entran en juego, podemos decir que las políticas públicas constituyen un conjunto de acciones y decisiones coherentes, racionalmente adoptadas por los poderes públicos en coordinación con los actores sociales y/o privados, orientados a resolver de manera puntual un problema de naturaleza pública o que afecta a un determinado grupo de individuos en relación con la protección progresiva de sus derechos, para cuyo fin se destinan recursos técnicos, humanos, físicos y económicos de distinta naturaleza.

Si bien el contenido y los objetivos son un tema relevante en el estudio de las políticas públicas, los estudios recientes han demostrado que un aspecto clave en su eficacia es el proceso de formulación de las mismas: “La eficacia de las políticas depende de la manera cómo se discutan, aprueben y apliquen. Quizá haya llegado la hora de mirar más allá del contenido específico de las políticas y fijarse en los procesos críticos que les dan forma, las ponen en práctica y las mantienen vigentes en el tiempo” (Stein y Tommasi 2006: 394). Esto tiene que ver con los procesos para la toma de decisiones públicas, con la existencia de espacios de deliberación orientados a identificar plenamente el

problema social y su solución o posibles soluciones, y con los mecanismos de legitimación de tales decisiones.

Es en dicho proceso de diseño, negociación, aprobación y aplicación de políticas públicas donde se trasluce con mayor claridad la inherente vinculación entre dicho proceso y la política, a esto es lo que se denomina “la política de las políticas públicas”:

(...) cuando hablamos de políticas públicas lo primero que los ciudadanos tenemos que decir es que necesitamos un Estado transparente, capaz de mostrar el proceso en que se formula la política pública (...). La deliberación pública sobre las políticas y sus resultados es el punto de partida para la participación ciudadana directa en ellas y le da contenido a las instituciones democráticas (...). Hablar entonces de las políticas públicas es dar contenido a las instituciones, es hacer que el sistema electoral, el sistema de partidos y las instituciones del sistema de gobierno funcionen en base a lo que le interesa a la gente y a lo que sirve a su desarrollo. (Pease García 2008: 25-27)

Sin embargo, es preciso señalar que para nosotros el contenido específico de las políticas públicas es tan igual de relevante que su proceso de formulación, y no necesariamente pasa a un segundo plano como refieren algunos autores²², y ello porque dicho contenido tiene una importante relación con los aspectos de tipo sustancial que lo vinculan, tales como los derechos humanos y el contenido esencial de los derechos fundamentales, todo lo cual se resume en el enfoque de derechos que de un tiempo acá se reclama en el proceso de formulación de las políticas públicas.

¿Cómo podemos definir el proceso de formulación de las políticas públicas? Recogiendo en algún sentido la conceptualización de Pedro Medellín respecto a la estructuración de las políticas públicas, consistiría en aquel proceso mediante el cual el Estado busca ordenar las partes de una manera tal que sus ideas o intenciones se proyecten como formas, relaciones y significados de gobierno. En ese sentido, dicho proceso no es lineal, sino producto de un intenso proceso político, de intercambios ideológicos y de pugna de intereses (2004: 27-28).

²² “El contenido específico de las políticas (por ejemplo, si los impuestos son elevados o bajos, o cuáles sectores reciben mayor o menor protección) pasa a un segundo plano, lo que importa son algunas características claves que inciden en su calidad. Esas características son las que determinan si una política ‘sirve’ o ‘no sirve’.” Stein y Tommasi 2006: 396.

El estudio comparativo de los procesos de formulación de las políticas públicas en diversas partes del mundo, brinda un marco referencial para establecer qué variables podrían influir en forma contundente en la eficacia de las políticas públicas; si nos enfocamos en tales variables al analizar la historia política de algunas realidades, obtendríamos respuestas interesantes sobre aquello que marca la diferencia entre políticas inadecuadas y políticas eficaces, aun cuando el contenido de dichas políticas fueron similares.

Por ello, los sociólogos, politólogos y economistas, e incluso abogados, están obligados a efectuar estudios interdisciplinarios sobre los principales actores que participan en el proceso de formulación de las políticas públicas (sus roles), y sus escenarios (caracterizados por el entorno o contexto político y social en el que éstas se adoptan), en tanto se trata de aspectos relevantes que inciden directamente en la eficacia de dichas políticas.

Asimismo, tales variables deben conjugarse con las características que debe tener una política pública para su adecuada implementación, como son: **estabilidad** (si existen ajustes, estos deben responder a cambios económicos o a defectos de la política, mas no a cambios políticos), **adaptabilidad** (deben ser lo suficientemente flexibles para responder a los cambios sociales, mas no a las manipulaciones políticas), **coherencia y coordinación** (con respecto al resto de políticas y al sistema jurídico e institucional), **calidad en la implementación y ejecución** (esto demanda de una estructura institucional sólida y capacitada para hacerla cumplir), **orientación hacia el interés colectivo** (exige una adecuada focalización de la política hacia el grupo beneficiario), y **eficiencia** (que los recursos destinados a la implementación y los fines de la política se asignen en forma correcta) (Stein y Tommasi 2006: 396-397). Estas características y el contenido de las políticas inciden positivamente en el desarrollo humano y en la libertad de las personas.

Suelen identificarse como los principales actores en el proceso de formulación de políticas públicas al poder legislativo, al poder ejecutivo y a los partidos políticos. Sin embargo, el escenario donde estos se desenvuelven crea el entorno institucional propicio para el fortalecimiento o el debilitamiento de estos poderes, y con ello, la efectividad o ineficacia de sus planes de acción.

Ambos componentes -es decir, los actores y los escenarios- son cruciales en la eficacia de las políticas públicas. Por ejemplo, un poder legislativo poco representativo de los intereses de las minorías, y más bien influenciado por intereses particulares de grupos de poder, seguramente aprobarán leyes ineficientes para la disminución de las desigualdades sociales; incluso, la actuación de un legislativo de esta naturaleza puede entorpecer la implementación de las políticas estructuradas por el ejecutivo. Por otro lado, un legislativo representativo de la ciudadanía que apruebe leyes respetuosas del marco constitucional, y orientadas a la implementación de políticas para el desarrollo de ciertos derechos sociales, podría verse limitado por un régimen político precario y dictatorial, sumergido en la corrupción.

Es por ello que diversos estudios vienen abordando las políticas públicas como variables dependientes de los contextos políticos e institucionales, para resaltar la importancia de los regímenes políticos en la estabilidad y el fortalecimiento de la democracia, y de la tarea gubernativa para obtener la capacidad técnica necesaria que produzca los cambios sociales esperados:

El hecho es incontestable: Existe una marcada diferencia en el proceso de estructuración de las políticas públicas entre los países con sólidas estructuras políticas e instituciones regidas por la formalidad y los países con estructuras frágiles e instituciones arbitradas por la informalidad (...). El problema no radica, entonces, en concentrar los esfuerzos en el estudio de las políticas públicas en sí mismas. Las políticas no pueden ser entendidas sino en la perspectiva del tipo de régimen político y de la acción de gobierno de la que emergen. No son variables independientes que puedan ser explicadas de manera ajena al conjunto de factores políticos e institucionales en los que se estructuran. Las políticas públicas hay que examinarlas desde el régimen político y el gobierno. (Medellín Torres 2004: 5,8)

En efecto, existiendo factores que influyen en la desigualdad y en la pobreza real de ciertos grupos, como la edad, el género, la discapacidad, las condiciones geográficas o climáticas, etc., y que no necesariamente se encuentran vinculados a bajos salarios, la función gubernativa para ofrecer a todos la oportunidad de vivir una vida mínimamente decente, con acceso a servicios públicos básicos como salud, educación, vivienda, saneamiento, etc., es fundamental para igualar las condiciones en el punto de partida de todas las personas. Este enfoque del desarrollo humano en los procesos de formulación

de las políticas públicas debería ser asumido por cualquier régimen político como un compromiso social.

Por otro lado, el régimen político marca los límites y las posibilidades de los procesos de formulación de las políticas públicas, determinando un ámbito democrático o autoritario, son el ¿quién? y el ¿cómo? en relación con el Estado Constitucional, siendo el ¿qué? los contenidos habilitados por la Constitución, la “esfera de lo indecible” que estableciese Luigi Ferrajoli; y el gobierno, la forma concreta en que el régimen político expresa las acciones del Estado en la sociedad, definiendo las prioridades en la agenda pública y conduciendo a la sociedad a objetivos determinados.

Si bien no es uno de los objetivos de la presente investigación el estudio de cada una de las fases o momentos del proceso de formulación de las políticas públicas²³, es necesario destacar las etapas de inicio y de implementación de las mismas a efectos de analizar -en relación con las experiencias jurisprudenciales que serán analizadas en el siguiente capítulo- la posibilidad de la intervención de nuevos actores en el ámbito de las políticas públicas, lo cual deberá conjugarse con el Estado Constitucional, la democracia y los intereses de la sociedad. Al respecto, cabe tener presente la “secuencia de una política pública” elaborada por Joan Subirats, Peter Knoepfel, Corinne Larrue y Frédéric Varone, en su libro “Análisis y gestión de políticas públicas” (2008), citada en la Tesis de César Augusto Valderrama Gómez (2010: 17-18):

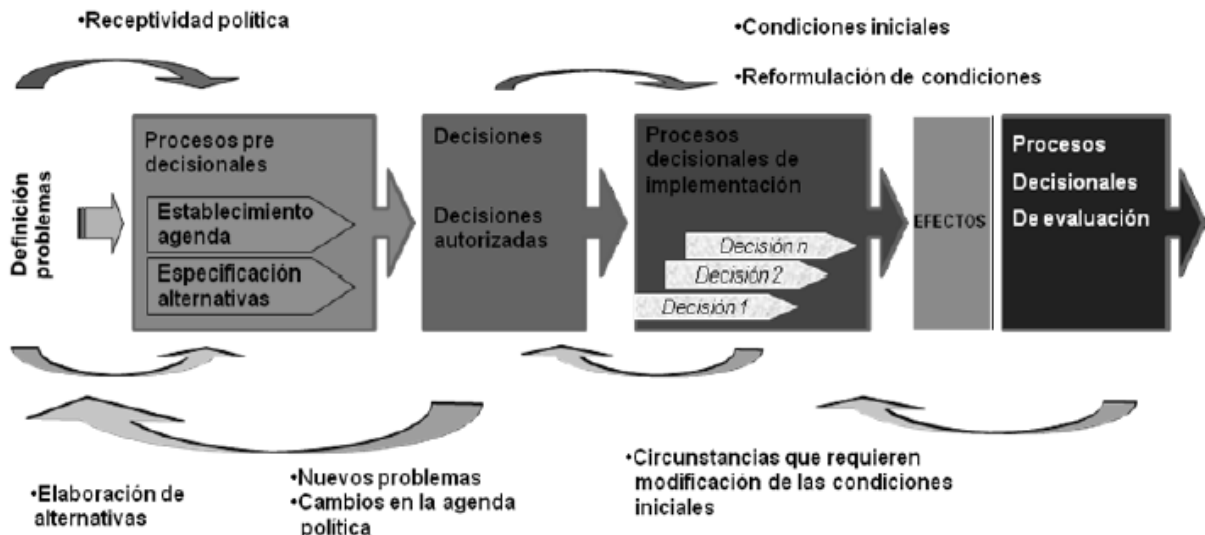
²³ Para profundizar en dicho estudio, recomendamos la lectura del trabajo de Pedro Medellín Torres, el cual se encuentra entre las fuentes bibliográficas de nuestra tesis.

Secuencia de una política pública

SECUENCIA	1 FASE	2 FASE	3 FASE	4 FASE	5 FASE
TERMINOLOGÍA	Surgimiento de los problemas	Inclusión en la agenda	Formulación y decisión del programa de la política	Implementación de la política	Evaluación de la política
CONTENIDO	-Surgimiento de un problema -Percepción del problema -Definición del problema e identificación de sus causas posibles -Representación del problema	-Selección (filtro) de los problemas emergentes. -esquema de formulación del modelo causal. -respuestas de los poderes públicos a los problemas que se reconocen que han de ser objeto de una política	-Definición del modelo causal -Definición de la o las soluciones adoptadas al problema aceptable -proceso de contraste entre las soluciones ideales y los medios disponibles -selección de los instrumentos de acción	-aplicación de las soluciones seleccionadas -acciones de los agentes administrativos a cargo de la implementación	-Determinación de los posibles efectos de la política -Evaluación de la eficacia, de la eficiencia, de la pertinencia de lo realizado respecto al problema inicial
PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS DEL ANALISTA	¿Cómo se ha tomado conciencia del problema?	¿Cuáles son los factores que han llevado al gobierno a actuar ante el problema?	¿Cuáles son las soluciones propuestas y aceptadas por parte del Gobierno y del Parlamento? ¿Qué procesos se han seguido para formular dichas soluciones?	¿Se han aplicado las decisiones del Gobierno y del Parlamento?	¿Cuáles han sido los efectos directos e indirectos de la política?

Asimismo, hay quienes estudian a las políticas públicas como un proceso decisional complejo, haciendo ver que no sólo son el resultado de meras interacciones técnicas y racionales, sino que, desde un enfoque institucional, son el resultado de prácticas decisionales, procesos de argumentación y persuasión que conducen a la adopción de decisiones. De tal forma que, tal como describe Carlos Alza Barco (2008: 56) -citando a Juan Carlos Cortazar y Michael Barzelay- este proceso se daría de la siguiente manera:

Las políticas públicas como un proceso decisional complejo



El estudio del complejo proceso que se encuentra detrás de las políticas públicas es cada vez mayor, esto ayuda a que los gobiernos logren los objetivos sociales esperados. Asimismo, la profundidad de estas investigaciones -que no se centran únicamente en los contenidos sino también en las formas y los procesos- han identificado nuevos actores en el proceso de formulación de las políticas públicas, tanto en la etapa de puesta en movimiento de las tensiones y conflictos, como en la etapa de puesta en marcha del aparato estatal.

Ahora bien, toda política pública tienen como primer momento de su estructuración una “situación detonador” que se da en la fase de surgimiento o definición de los problemas, la cual puede ser definida como “un hecho, una circunstancia o un propósito que, por sus dimensiones políticas y sus formas de manifestación, llama la atención de los ciudadanos, las autoridades gubernamentales y de los aspirantes a gobernar, sobre la necesidad de actuar” (Medellín Torres 2004: 36-37). Por lo general, este primer momento se encuentra cargado de intereses, conflictos, preocupaciones, expectativas públicas y hasta protestas sociales.

Interesa para los fines del presente estudio tener en cuenta que una situación detonador para el diseño de una determinada política pública puede ser “reactiva”, es decir, puede estar orientada a corregir un desequilibrio, una situación de inestabilidad institucional o de conmoción social producidas por políticas ya existentes, que vienen ocasionando mayores perjuicios sociales que beneficios. Pero también, la situación detonador puede ser “proactiva”, en el sentido que lo que se busca es llamar la atención del Estado en torno a una expectativa de progreso futuro, es decir, para el diseño de políticas que cubran nuevos frentes de desarrollo social (Medellín Torres 2004: 37).

Al respecto, en los últimos años se ha enfatizado el rol de la jurisdicción constitucional en la creación y en el diseño de políticas públicas, y dada la estrecha vinculación que el proceso de estructuración de políticas públicas tiene con los procesos políticos, a dicha incidencia de las cortes y tribunales constitucionales se le ha denominado como el fenómeno de la “judicialización de la política”.

Los primeros antecedentes de la intervención de la jurisdicción constitucional en el diseño e implementación de políticas públicas, se hayan en la doctrina constitucional norteamericana en la década del cincuenta, específicamente en los trabajos de Robert

Dahl y Martin Shapiro, para quienes no cabía duda de que la Suprema Corte de Estados Unidos es una institución que crea políticas públicas y participa en la toma de decisiones en la democracia: “To consider the Supreme Court of the United States strictly as a legal institution is to underestimate its significance in the American political system. For it is also a political institution, an institution, that is to say, for arriving at decisions on controversial questions of national policy” (Dahl 1957: 279).

Asimismo, Shapiro atribuirá a la decisión *Brown v. Board of Education* (374 US 483 1954) -que introdujo la doctrina antisegregacionista compatible con la cláusula de “igual protección de las leyes”²⁴- el comienzo de una serie de cambios en las políticas públicas relacionadas con los derechos de las minorías y que serán promovidas por la jurisdicción constitucional, en materia tales como el proceso penal, el sistema electoral, la libertad de expresión en cuestiones políticas, el sistema penitenciario, la pena de muerte y el aborto:

Brown becomes a model for a long series of major policy changes initiated by the Warren and Burger courts at the behest of groups conducting conscious litigational campaigns. Through case-by-case law-making, the Warren Court introduced a nationally uniform and reformed set of police procedures for dealing with the accused, a new national law of obscenity, profound reform of the system of electing state and federal legislators, and new libel laws more protective of criticism of public officials. The Burger Court continued this juridicalization by attempting, with somewhat less success, the enactment of national standards for prison conditions, as well as death penalty and abortion laws, while consolidating most of the Warren Court "advances" and cutting back on a few of them. (1994: 104)

No obstante, la crisis conceptual de algunas disciplinas que desde siempre han apoyado a la labor gubernativa, en contextos con frágil institucionalidad democrática -realidad que aún se presenta con fuerza en países de nuestra región-, obliga a extender los alcances de sus contenidos a otras disciplinas que ayuden a lograr la efectividad de los preceptos constitucionales en la realidad política y social: “(...) cómo la crisis contemporánea de los conceptos jurídicos y políticos desarrolla relaciones transversales entre ellos, en el momento en que la jurisdicción constitucional interviene en el

²⁴ Con este caso la Suprema Corte de Estados Unidos puso fin a la doctrina segregacionista “iguales pero separados” que tuvo sus inicios con el caso *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896), el cual negaba la posibilidad de alcanzar la igualdad social a través de las leyes, salvo la igualdad civil y política.

desarrollo de políticas públicas”. A todo esto, el rol que ha desempeñado la jurisdicción constitucional no es de poca importancia:

(...) parte de la transformación y de la crisis de tales conceptos en relación con los otros poderes públicos; en momentos en que la jurisdicción constitucional se ve llamada a regular políticas públicas en tanto desarrollos de los derechos sociales; los cuales son principios de avance social que el Estado debe concretar y donde el juez constitucional se enfrenta al dilema de limitar los derechos individuales para garantizarlos, o ir más allá, e intervenir en su desarrollo, generando un sentimiento de `governabilidad` desde lo jurídico, el cual organiza una discusión profunda sobre los límites de la jurisdicción constitucional en lo político. (Sierra Cadena 2007: 134)

Este replanteamiento de lo jurídico y lo político, entre el Derecho y las políticas públicas, encontrará sus roces más cercanos en la jurisprudencia constitucional, y ciertamente que en el Estado Constitucional y en la estructura principista de las normas constitucionales, difícilmente se podrán aceptar disciplinas cerradas y análisis institucionalistas impermeables al marco constitucional.

Estamos en una era en la que los análisis integrales se caracterizan por ser interdisciplinarios en lo teórico y en lo fáctico, en la búsqueda de resultados concretos como la existencia de grupos en desarrollo que ejercen cada vez más sus derechos individuales. En dicho contexto surge el juez constitucional, estableciéndose como un actor relevante en el proceso de estructuración de políticas públicas a través de su jurisprudencia.

2. EL ENFOQUE DE DERECHOS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Si entendemos a las políticas públicas como parte de los procesos de toma de decisiones o para la adopción de la decisión pública, no sólo desde un análisis de sus resultados, veremos que el enfoque de derechos exige detenerse en la evaluación de los fundamentos y las argumentaciones que conducen a que dichas decisiones sean adoptadas. Esto resume el primer mensaje principal que puede extraerse del Informe 2006 del Banco Interamericano de Desarrollo denominado “La política de las políticas públicas. Progreso económico y social en América Latina”, cuando señala que ¡los procesos son importantes!: “1. El proceso por medio del cual se debaten, aprueban y ejecutan las medidas de política (el proceso de formulación de políticas o PFP) tiene un

fuerte impacto en la calidad de las políticas públicas, en particular en la capacidad de los países para crear un entorno estable para las políticas, adaptarlas toda vez que sea necesario, ejecutarlas y hacerlas cumplir con eficacia, y velar por que siempre se adopten en favor del interés público”.

En ese sentido, cuando hablamos del enfoque de derechos en las políticas públicas nos referimos a la obligación que tienen los Estados, a través de sus agentes estatales, de estructurar las políticas sociales y estrategias de desarrollo sobre la base del marco normativo internacional de protección de los derechos humanos y el marco normativo nacional de protección de los derechos fundamentales, en tanto éstos constituyen un límite sustantivo en la formación de la decisión pública. Asimismo, todo plan de acción enmarcado en una política pública debe tener como principal orientación la consagración del respeto de la dignidad humana.

Este contenido normativo vinculante de los procesos de estructuración de las políticas públicas, se trata a su vez de un contenido de principios que coloca imperativamente primero a la persona y a sus derechos esenciales (Alza Barco 2008: 62). Al respecto, Enrique Bernales Ballesteros ha señalado:

(...) mientras a los analistas les interesa la eficiencia económica y cómo las políticas pueden afectar a la sociedad en su conjunto, a los políticos les interesa la distribución de los productos y cómo las políticas públicas afectan a ciertos individuos y grupos. Frente a ello es posible apreciar la necesidad de reemplazar un enfoque eminentemente técnico en el que se asume que en el caso de las políticas públicas basta un enfoque dual: técnico y político, por una perspectiva de los derechos humanos que necesita además el enfoque jurídico y social que permitan incorporar plenamente los derechos humanos, como principio y objetivo de las políticas públicas. (2004: 97-98)

Cabe señalar que este enfoque de derechos establece un deber de evaluación constante sobre las incidencias y resultados sociales, exigiendo un conocimiento técnico que permita establecer indicadores de tales logros. Pero así también, exige de un mecanismo institucional efectivo que le permita a la sociedad exigir al Estado el cumplimiento o la implementación de políticas públicas idóneas y eficaces.

Debemos tener presente que tanto el marco normativo internacional de los derechos humanos y el marco normativo nacional de los derechos fundamentales establecen una

serie de directrices para el cumplimiento de los derechos, las cuales deben traducirse en políticas públicas coherentes con dichas obligaciones jurídicas.

Frente a la existencia de ciertas doctrinas que encuentran en las directrices -e incluso en las obligaciones convencionales que imponen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a los Estados- una limitación para exigir a los Estados una satisfacción inmediata de los derechos sociales, debido a la sujeción de tales cumplimientos con las posibilidades fácticas de cada Estado, el enfoque de derechos busca asegurar la no perdurabilidad de la promesa estatal introduciendo los criterios de “progresividad” y “mínimos exigibles”.

Al respecto, los “mínimos exigibles” buscan establecer un piso básico en el cumplimiento progresivo de los derechos, de tal manera que si bien el Estado mantiene un margen de discreción en el diseño de las políticas, no puede desconocer los contenidos mínimos de los derechos fundamentales que debe proteger y materializar. En efecto, el enfoque de derechos no limita la discrecionalidad ni la autonomía que tiene el Estado para optar por las políticas públicas que le permitan al gobierno cumplir con sus obligaciones constitucionales y convencionales, pero sí lo vinculan para garantizar un mínimo acceso a tales derechos y en determinadas condiciones.

Asimismo, la “progresividad” de los derechos hace posible que no baste que el Estado alegue la falta de medios presupuestales, sino que -frente al control constitucional- le sea exigible demostrar haber destinado el máximo de recursos disponibles para lograr progresivamente la plena eficacia de estos derechos; así como, demostrar que se han adoptado acciones adecuadas que incrementen los recursos disponibles para un mayor cumplimiento. De esta forma, debe quedar descartada la posibilidad de que sea la falta de voluntad política o de capacidad técnica la que esté impidiendo el avance hacia una mayor concretización de los derechos.

Un primer paso para lograr el cambio hacia el enfoque de derechos es empezar por reconocer la naturaleza vinculante de las obligaciones estatales establecidas en la Constitución y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos para el respeto de los derechos de la persona, y en ese sentido, reconocer que la persona es titular de derechos que obligan al Estado. Si establecemos esa relación básica entre las acciones del Estado y los derechos de las personas, se logrará cambiar la lógica con la que

actualmente se vienen llevando a cabo los procesos de elaboración de las políticas públicas. Lógica que, dicho sea de paso, es un rezago de la realidad histórica anterior a la aparición del Estado Social, que observaba a las personas como seres que requerían ser asistidas y no como sujetos de derecho legitimados para demandar determinadas prestaciones y conductas estatales: “Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento” (Abramovich 2006: 36).

Podemos decir, por ejemplo, que la reducción de la pobreza es uno de los objetivos centrales en las políticas públicas: ¿cuál vendría a ser aquí el enfoque de derechos? Si bien los marcos conceptuales políticos, económicos y filosóficos sobre la pobreza son diversos por llevar implícita una idea de justicia, existe una compartida idea principista de que las situaciones de pobreza determinan que haya privación de las libertades básicas, y que éstos dependen de factores económicos, culturales, sociales, legales y políticos. Como vemos, la pobreza ya no puede estar vinculada únicamente a la escasez de recursos económicos, pues se ha demostrado que existen otros elementos que determinan tal condición.

Estudios profundos sobre las causas de la pobreza demuestran que el ingreso no lo es todo. En una entrevista, un economista español señaló: “la ONU habla de índice de bienestar midiendo salud, renta, desarrollo, educación... Al final del día todo eso se compra con dinero”²⁵. Sin embargo, estas expresiones dejan al margen el papel que está obligado a desempeñar el Estado en el logro de los bienes humanos, pues sin duda hoy más que nunca existe una quiebra reconocible en muchas realidades entre la acumulación de riqueza y el ejercicio efectivo de las libertades.

Al respecto, es preciso señalar que desde el año 1990 para algunos organismos internacionales, tales como la Organización de Naciones Unidas (ONU), se ha superado el enfoque del crecimiento económico de los países -lo cual hacía presumir una serie de mejorías en el ámbito social e individual-, para sustituirlo por un enfoque mucho más completo, como es el enfoque del desarrollo humano. Este enfoque nos invita a observar con mayor detenimiento y preocupación la vida de las personas y sus oportunidades, y no sólo los recursos o ingresos que éstas poseen o acumulan para vivir.

²⁵ La cita está referida a la entrevista que realizó el Diario *El País* de España al economista catalán Xavier Sala-I-Martin el 25 de agosto de 2005 y que es reseñada por Uribe López 2008: 185.

La idea del crecimiento económico es un enfoque que no resulta satisfactorio al momento de reflejar los grados de libertad alcanzados y la calidad de vida de las personas en el mundo, ya que -a lo mucho- explica la cantidad de recursos generados por un Estado en un determinado período, y que le permitirían financiar mayor inversión²⁶ (Uribe López 2008: 185). De conformidad con esto, el crecimiento económico -al igual que los altos ingresos para las personas- no debería ser la máxima aspiración de los Estados, salvo que la virtud de este crecimiento esté en utilizarse como un importante medio para generar recursos que permitan una mayor inversión en salud y educación pública, mejores viviendas y mayor cobertura en los servicios básicos, lo cual podría contribuir a mejorar la vida de las personas menos favorecidas y de los grupos vulnerables. Por lo que, más que el crecimiento económico en sí, lo esencial es el enfoque que brinden los Estados al uso de los frutos de este crecimiento para el desarrollo humano.

No obstante, los obstáculos y las críticas al enfoque de derechos seguirán presentes bajo diversos argumentos: la falta de exigibilidad de las obligaciones que derivan de las políticas públicas en virtud al tipo de normas constitucionales o convencionales que las sustentan, especialmente las referidas a los derechos económicos, sociales y culturales; la rigidez que el enfoque de derechos imprimiría en el diseño de políticas públicas, limitando la discrecionalidad de quienes las formulan y ampliando la discrecionalidad del juzgador; la falta de tecnicidad y objetividad que el enfoque de derechos podría generar al momento de diseñarlas; entre otros.

Lo cierto es que los derechos, tal como están consagrados en las normas convencionales o en el texto constitucional, son de un contenido abierto por su propia estructura principista, y muchas de ellas tienden a marcar directrices de acción, por lo que deben ser considerados como un marco conceptual y parámetros que orientan la formulación e implementación de las políticas públicas, y contribuyen al fortalecimiento de las democracias constitucionales, especialmente de las que aún mantienen una frágil institucionalidad.

Asimismo, el enfoque de derechos en las políticas públicas tiene como tema crucial la necesidad de que el Estado Constitucional defina los mecanismos o garantías

²⁶ Al respecto, se emplean criterios económicos como el modelo de Harrod-Domar y el enfoque del déficit financiero.

institucionales con los que cuentan las personas para exigir al Estado el cumplimiento de políticas eficaces en el reconocimiento de los derechos:

(...) para el enfoque basado en derechos es fundamental partir del reconocimiento de una relación directa entre el derecho, la obligación correlativa y la garantía, pues ella sin duda influirá en el establecimiento de un marco conceptual para la formulación e implementación de políticas públicas y de mecanismos de rendición de cuentas o responsabilidad que puedan considerarse compatibles con la noción de derechos. En definitiva, el lenguaje de derechos en las estrategias de desarrollo exige identificar algún tipo de mecanismo de seguimiento y responsabilidad que involucre a los actores del proceso de definición de políticas. (Abramovich 2006: 41)

La garantía institucional para exigir la creación e implementación de políticas públicas es un tema de gran importancia, específicamente en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, pues se configura en una llave de ingreso hacia el control de aquellos planes de acción estatal ineficientes o que vienen causando tal conmoción social que requieren una pronta intervención, ya sea del poder político o de la jurisdicción, principalmente porque se estarían vulnerando derechos fundamentales o derechos humanos.

Esta situación no es actualmente ajena a nuestra realidad, pues los procesos de amparo colectivo o de clase vienen dando cabida a la discusión de ciertas políticas públicas, en base a las obligaciones estatales que nacen de las normas constitucionales y las normas convencionales. Tal es el caso de los pueblos indígenas, las organizaciones en defensa de los derechos ambientales, las organizaciones en defensa de los derechos de las mujeres, grupos que han logrado influir en la creación y/o reorientación de específicas políticas públicas, tal como veremos más adelante.

3. LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL PERÚ, Y EL ESCENARIO DE LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL.

Caracterizar la historia política y económica del Perú desde el enfoque de las políticas públicas no es muy complicado. Si algo puede resumir los espejismos que siempre han acompañado a nuestra clase política, es la errada idea de que cambiando las reglas puede cambiarse la realidad. Y esto ha sido desde siempre así porque existen factores

estructurales de nuestra sociedad que dificultan cualquier intento de implementar políticas públicas en forma eficiente.

Entre estos factores estructurales consideramos como los más relevantes nuestros legados históricos, siendo el principal el hecho que hasta la fecha el Perú tenga una sociedad profundamente desigual, basada en disparidades geográficas, étnicas, culturales y económicas. Otro de estos factores ha sido que el Perú históricamente haya carecido de una clase gobernante capaz de unificar y consolidar la nación. En resumen, la exclusión social, el autoritarismo y la inestabilidad política son factores que desde siempre han acompañado los procesos de reforma en nuestro país, sin que hayan merecido la atención debida por parte de la clase gobernante del momento.

Cabe señalar que la importancia de resaltar los factores estructurales que afectan a la sociedad, la gobernabilidad y la institucionalidad, está en ubicar algunas de las principales causas que explican las características generales de las políticas públicas en el Perú. Al respecto, consideramos que estos patrones han sido muy bien resumidos por Eduardo Morón y Cynthia Sanborn en su libro “Los desafíos del policymaking en el Perú: actores, instituciones y reglas de juego” (2008: 35-43), siendo éstas las siguientes:

i) *Arbitrarias, volátiles y fácilmente reversibles*

Arbitrarias en el sentido que se encuentran determinadas por la voluntad y preferencias del gobierno de turno o por líderes individuales, lo cual genera un alto nivel de incertidumbre en la ciudadanía. Volátiles por la falta de capacidad de articulación y de ceñirse a metas centrales, lo cual hace que sean fácilmente reversibles en el corto plazo. Cuanto más volátil es la política, más impredecible se torna ésta.

Un ejemplo claro y actual de una política pública volátil lo podemos encontrar en el proceso de municipalización de la gestión educativa que inició el Estado peruano en el año 2007 bajo la lógica de la descentralización estatal, y que partió con la implementación de un plan piloto en 56 distritos del país. Este proceso fue finalizado por el nuevo enfoque educativo que trajo el cambio de gobierno en el año 2011. Este cambio se basó en las observaciones planteadas contra dicho proceso por parte de la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N° 148 “Primera

supervisión del Plan de Municipalización de la Gestión Educativa: aportes para su implementación”.

Cabe precisar que si bien pudieron haber existido razones justificantes de la medida adoptada por el nuevo gobierno, lo que buscamos destacar con este ejemplo es lo que las políticas deficientemente diseñadas le cuestan a la sociedad en términos de asignación de recursos, pues no terminan revirtiéndole ningún tipo de beneficio a la sociedad²⁷.

ii) *Baja calidad, ineficientes e ineficaces*

Estas características se denotan en el hecho que los objetivos de las políticas públicas en el Perú tienden a alcanzarse de manera parcial. Asimismo, suelen ser aplicadas de manera ineficiente por el inadecuado uso de recursos y por la falta de cobertura.

Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en la política de educación inclusiva que desde el año 2005 viene implementando el Estado peruano a través de las instituciones educativas públicas, la cual propone la incorporación de los niños y niñas con discapacidad al sistema de educación regular, a través del diseño de escuelas preparadas para recibir estudiantes con cualquier tipo de necesidad educativa, desterrando prácticas discriminatorias y generando una sociedad más inclusiva desde las escuelas.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo pudo determinar a través de su Informe Defensorial N° 127 “Educación inclusiva: Educación para todos. Supervisión de la política educativa para niños y niñas con discapacidad en escuelas regulares”, que el Estado no destina los recursos suficientes para garantizar que las instituciones educativas inclusivas cuenten con una infraestructura educativa y mobiliario accesible, con docentes debidamente calificados, con equipos de apoyo al docente de aula, y con textos y materiales educativos debidamente adaptados.

Por ello, la supervisión que llevó a cabo dicha institución permitió constatar que la forma en que está siendo implementada la política de educación inclusiva en el

²⁷ El Informe puede descargarse del siguiente link: <http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php>.

país, no está garantizando la realización efectiva del derecho a la educación de las personas con discapacidad en el sistema educativo regular²⁸.

iii) *Debilidad para hacer cumplir las políticas*

Esta debilidad responde a la limitada capacidad del Estado peruano y de sus estamentos para poner en práctica las políticas, e implementar mecanismos adecuados de evaluación, supervisión, incentivos y de sanción. Asimismo, las conductas evasivas a las políticas por parte de los actores involucrados, responden a su pobre diseño y a la falta de controles adecuados para su cumplimiento.

Un ejemplo de esto lo encontramos en la política de inspecciones laborales a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el cual adolece de graves problemas de cobertura, lo cual facilita la expansión del empleo informal que tiene entre sus principales efectos nocivos la violación de los derechos laborales básicos de los trabajadores, incluso desde el propio Estado.

Por otro lado, siguiendo a Stein y Tommasi en cuanto a la variedad de actores que interactúan en los diferentes escenarios del proceso de formulación de las políticas públicas, la incidencia recalcitrante de Medellín Torres respecto a la centralidad del régimen político en la estructuración de las políticas públicas, y la caracterización de las políticas públicas en el Perú que elaboran Morón y Sanborn (2008: 49-50), podemos identificar tres escenarios básicos en los que las políticas públicas se han desarrollado en nuestro país:

- a) *Un escenario formalmente democrático pero fuertemente presidencialista que se dio en el período de 1980-1990.*- el ejecutivo ejerció amplios poderes por tener mayoría congresal. Se hizo un uso frecuente de la facultad de legislar a través de decretos.
- b) *Un escenario presidencialista sin mayoría congresal que se aplicó en los períodos de 1990-1992 y 2001-2006.*- el legislativo ejerció un mayor control sobre el ejecutivo, lo cual generó un equilibrio de poderes.

²⁸ El Informe puede descargarse del siguiente link: <http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php>.

- c) *Un escenario presidencialista desenfrenado que se dio en el período de 1992-2000.-* si bien el presidente fue elegido democráticamente, terminó ejerciendo poderes en forma arbitraria, quebrantando la institucionalidad del país y vulnerando los derechos consagrados en la Constitución.

Estos escenarios reflejan que en el Perú, como en muchos otros contextos, el régimen político incide en los procesos de formación y adopción de las decisiones públicas, siendo que en el ámbito nacional han primado los procesos arbitrarios y personalistas, sin límites y sin contrapesos. Esto, como dijimos anteriormente, responde a ciertos legados históricos que han marcado la pauta en la función gubernativa, tales como la exclusión social, la inestabilidad política y la existencia de gobernantes con amplias ambiciones de concentración de poder y de su ejercicio autoritario.

Frente a este panorama, ¿cuál es el rol que deben jugar el marco constitucional y los mecanismos de control establecidos en ella? Morón y Sanborn señalan lo siguiente:

(...) durante la mayor parte del último cuarto de siglo, ni el Congreso ni el Poder Judicial, ni los niveles más bajos de gobierno o de la burocracia estatal, han jugado sus papeles previstos, ya sea generando insumos de política, ejerciendo la debida supervisión o proporcionando contrapesos efectivos al Ejecutivo (...). Y si bien se creó un conjunto de entes constitucionalmente autónomos para regular el sistema y defender las reglas de juego -incluyendo los organismos electorales relacionados (JNE, ONPE, Reniec), el Tribunal Constitucional, la Contraloría General, la Defensoría del Pueblo y el Banco Central de Reserva-, en la práctica sólo los dos últimos han jugado este papel (...). (2008: 59,63)

El debate anterior nos acerca a uno de los temas centrales de la presente tesis, que tiene que ver con los actores relevantes en la formulación de políticas públicas. Como hemos mencionado, la doctrina suele identificar como actores tradicionales en el proceso de formulación de políticas públicas al poder legislativo, al poder ejecutivo y a los partidos políticos.

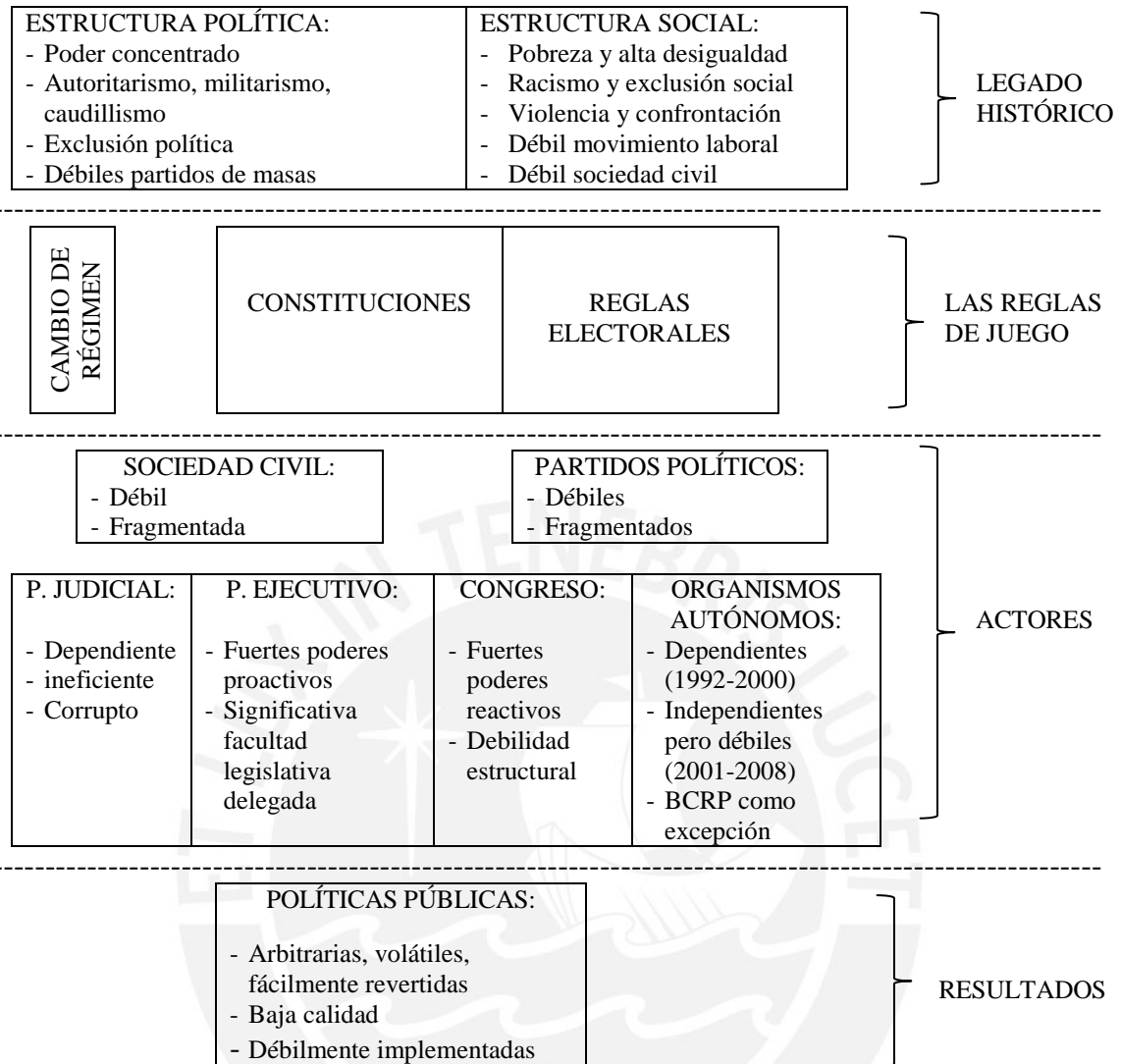
Sin embargo, lo que se ha visto históricamente de la actuación de estos tres actores en la realidad peruana, sin desmerecer la importancia que éstos tienen para la institucionalidad democrática de cualquier Estado, es que -dado el factor político predominante en estos tres espacios, así como su inestabilidad y falta de tecnicidad- por

lo general las políticas públicas se han estructurado sobre la base de intereses partidarios, sin estudios técnicos previos y con objetivos cortoplacistas.

Al respecto, un dato relevante que nos presenta el trabajo de Morón y Sanborn es que más del 50% de toda la legislación en el período de 1980-2001 fue emitida por el poder ejecutivo, incluyendo el diseño de las principales políticas públicas que afectaron la economía, el mercado laboral y la prestación de los servicios sociales (2008: 71).

A nuestro parecer, delegar continuamente en el ejecutivo la facultad de elaborar normas, no sólo muestra la debilidad e incapacidad de los legisladores para cumplir con su función, este tipo de práctica además suprime una de las principales etapas que el poder constituyente ha encargado a sus representantes, como es la deliberación de aquellas materias que impactan en las diversas esferas de la vida de los ciudadanos. Esto, a nuestro parecer, cuando se traduce en un abuso de la delegación de facultades legislativas, significa traicionar la creencia que tiene la ciudadanía de que toda política pública es diseñada con pleno conocimiento del problema social y con el previo debate democrático.

Sobre cómo ha sido el proceso de elaboración de políticas públicas en el Perú (PEP) desde el año 1980, consideramos interesante tener en consideración la anatomía de las principales variables planteada por los autores Morón y Sanborn (2008: 62):



Esta incapacidad de los actores tradicionales en la formulación de políticas públicas en la realidad peruana, nos invita a reflexionar sobre la existencia de otros entes que en los últimos tiempos han incidido en la creación o reformulación de las políticas públicas, aunque todavía se tenga la creencia que esta materia está reservada únicamente a la esfera técnico-política. Tales son los casos de la jurisdicción constitucional y de la sociedad civil.

Siendo que el análisis de la jurisdicción constitucional como un nuevo actor en el proceso de elaboración de políticas públicas constituye la tesis central de la presente investigación, el tema será abordado con mayor detenimiento en los siguientes capítulos. No obstante, sí es preciso mencionar algunas ideas respecto a la sociedad civil como actor relevante en la formación de políticas públicas.

Al respecto, Medellín Torres ha señalado que: “En su relación con la sociedad civil, las políticas públicas se constituyen en un poderoso instrumento de comunicación. Y en su relación con el ejercicio de gobierno se constituyen en el dispositivo crucial a través del cual los gobernantes logran imponer un rumbo definido a los Estados y a las sociedades que gobiernan” (2004: 17).

Sin embargo, consideramos que en países como el Perú, en el que todavía predomina una frágil institucionalidad, la debilidad del Estado y su incapacidad para legitimar sus acciones frente a la sociedad o satisfacer las expectativas de mejora que acompañan a la democracia, existe una quiebra de comunicación entre lo público y la esfera privada, lo cual conlleva a la falta de gobernabilidad y la protesta social. Es en este contexto donde se suscita el conflicto social, ya sea como posible impulsor de la generación o reforma de políticas públicas, o como resultado de la oposición poblacional respecto a políticas públicas ya existentes.

En efecto, tal como ha definido la Defensoría del Pueblo del Perú, el conflicto social:

(...) puede entenderse como una confrontación pública entre actores que buscan influir en la organización de la vida social. Un elemento esencial de esta definición es el carácter público del conflicto. Esto significa, por un lado, que el objeto de divergencia lo constituye cualquiera de los elementos organizadores de la vida colectiva, a saber: las normas, el ejercicio del gobierno y la autoridad, la definición e implementación de políticas públicas, la cultura; las demandas levantadas por los actores sociales se ubican en alguno de estos campos, precisamente aquellos en los que el Estado cumple una función reguladora, al menos en los tres primeros. Por otro lado, lo público hace referencia también al escenario en el cual se desarrollan acciones colectivas que desafían el ordenamiento social. El carácter disruptivo de las mismas, nuevamente, convoca la acción del Estado, responsable de garantizar el orden social. (Defensoría del Pueblo 2005: 12)

En ese sentido, la conflictividad social -vista como un instrumento que refuerza el papel debilitado de la sociedad civil en la formulación de políticas públicas- se origina cuando la sociedad -a través de acciones u omisiones estatales- se da cuenta del poco conocimiento previo que tiene el Estado de la realidad local, regional o nacional, y toma conciencia de su exclusión en el diseño de determinadas políticas públicas. Al respecto, Carlos Alza ha señalado:

(...) los conflictos, en estricto, no tendrían que ser asumidos como necesariamente negativos, con excepción obviamente de los violentos, sino más bien, como oportunidades para la negociación entre los diversos grupos que comparten una comunidad (...). En ese sentido, el conflicto no sólo se previene, sino que se maneja y hasta se transforma en un espacio para armonizar intereses y lograr mejores decisiones. Por tanto, la conflictividad nos evidencia un problema en las políticas públicas y en el manejo de la estructura institucional del Estado. (2008: 46)

Como ejemplo de la relevancia en la conexión que debe existir entre Estado y ciudadanía a través de las políticas públicas, podemos destacar el incremento de los conflictos de tipo socioambiental que en los últimos años la Defensoría del Pueblo ha venido reportando, siendo que para el presente año éstos representan más del 50% del total de conflictos sociales en el país²⁹. Esto refleja la amplia desaprobación ciudadana hacia la política ambiental que ha venido desarrollando el Estado en las zonas en las que él mismo ha autorizado la realización de actividades industriales, extractivas, de exploración y explotación, zonas que coincidentemente se encuentran habitadas por aquellas poblaciones que a lo largo de la historia peruana han sufrido la exclusión social y la ausencia del Estado.

Asimismo, la ausencia del Estado peruano en estas zonas, así como su aparición únicamente para autorizar actividades que ponen en riesgo el entorno natural de estas poblaciones, vulnera no sólo sus derechos fundamentales, sino también los principios constitucionales y las obligaciones estatales establecidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos:

La estrecha vinculación que existe entre los sistemas naturales y los derechos fundamentales imponen al Estado un deber de protección, el cual implica impedir que terceros -ya sean particulares, grupos, empresas, otras instituciones, o quienes actúen en su nombre- menoscaben de algún modo el disfrute del derecho, contaminando el espacio vital o el medio ambiente. (Defensoría del Pueblo 2007: 18)

Ahora bien, el progresivo incremento de la conflictividad social en nuestro país, centrada principalmente en la materia socioambiental, muestra una clara insatisfacción

²⁹ De acuerdo al Reporte de Conflictos Sociales N° 98 de la Defensoría del Pueblo (abril 2012), de un total de 243 conflictos registrados, los conflictos socioambientales ocupan el 59,7% (145 casos). Este documento puede descargarse del siguiente link: http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/objetos/paginas/6/50reporte_de_conflictos__sociales_abril_98.pdf.

social respecto a determinadas políticas públicas, pues éstas son percibidas como ineficientes para atender adecuadamente los problemas sociales; pero además, en muchos casos, cuando estas políticas son sometidas a un control de constitucionalidad, demuestran su falta de concordancia con las obligaciones constitucionales y convencionales que tiene el Estado, lo que termina generando un grave problema de gobernabilidad y legitimidad de las actuaciones estatales.

¿Qué hacer con aquellas políticas públicas que, habiendo sido diseñadas en virtud de la discrecionalidad y las amplias potestades que tiene el Estado, vulneran derechos fundamentales? Si bien compartimos la posición de Carlos Alza cuando señala que el conflicto puede ser visto como una oportunidad de mejora y de legitimación de políticas³⁰, consideramos que éste no debería de ser el espacio natural de formación de estos instrumentos de gestión pública, más aun tratándose de aquellas políticas que, por su mal diseño, violentan los derechos esenciales de la persona o de una comunidad. Tengamos en cuenta que no sólo se trataría de obtener la conformidad de la ciudadanía respecto a uno u otro modelo de política, sino del respeto de los principios y valores establecidos en el marco constitucional.

Finalmente, ¿cuánta participación tiene la sociedad civil, en especial los grupos vulnerables, en los procesos de elaboración de las políticas públicas?, ¿cuánto conocimiento tiene la población de los mismos, así como de los mecanismos o garantías institucionales que les brinda el Estado Constitucional para cuestionar tales políticas, cuando su puesta en marcha termina vulnerando sus derechos fundamentales?

Lo que muestra el análisis particular de los conflictos sociales es que -en su mayoría- detrás de éstos existe la “percepción social” de que las cosas no se están haciendo de la mejor manera, a lo que en algunos casos se podría sumar la manipulación por parte de grupos con intereses distintos al bienestar social, así como el desconocimiento de las personas respecto a las garantías constitucionales que les asiste para la defensa de sus derechos. Todo esto da como resultado una población que seguirá viéndose obligada a desviarse de los cauces democráticos y constitucionales -tales como la justicia constitucional- para reclamar al Estado la defensa efectiva de sus derechos.

³⁰ “Un conflicto social puede ser una oportunidad para la formulación de políticas públicas, pues puede permitir transformar la confrontación en un proceso de interacciones para la definición de problemas, alternativas y diseño e implementación de programas.” Alza 2008: 57

CAPÍTULO II: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.



**SUB CAPÍTULO 1: EL ROL DE LAS CORTES Y LOS TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO DE FORMULACIÓN DE LAS
POLÍTICAS PÚBLICAS.**



En esta primera parte analizaremos la incidencia práctica que ha tenido la jurisprudencia constitucional en el ámbito de las políticas públicas, ya sea para corregir la omisión estatal o impulsar reformas legales e institucionales de los instrumentos que las conforman, de tal manera que esto nos permita construir una línea de argumentación sólida que legitime la intervención de las cortes y los tribunales constitucionales en la gestión de políticas coherentes con el Estado Constitucional y los derechos fundamentales.

De esta manera, la práctica jurisprudencial tanto nacional como comparada nos deberá permitir responder a la siguiente pregunta: ¿es posible establecer desde la justicia constitucional una teoría normativa de las políticas públicas, para un estudio funcional y técnico de los procesos de control social?

Al respecto, Pablo Larrañaga señala:

(...) si nos tomamos en serio una noción robusta del ideal regulativo del Estado de derecho, que incluya no sólo el reconocimiento de derechos fundamentales, sino el establecimiento de todas las condiciones institucionales y materiales para su realización, es preciso reconocer que la función del administrador público en tanto genuino agente jurídico se vertebra sobre exigencias normativas y fácticas que vinculan indisolublemente criterios de legitimidad y eficiencia. (2009: 77)

Para introducirnos en este análisis, requeriremos valernos de nuestra noción normativa de Constitución, del efecto vinculante de las normas constitucionales, de las directrices como mandatos de optimización y de las funciones atribuidas a la justicia constitucional en las democracias pluralistas, temas que fueron desarrollados en el primer capítulo de la presente tesis.

Posiblemente nos sorprenda descubrir, a partir de la revisión jurisprudencial de algunos sistemas constitucionales que han tenido incidencia en la adopción o la reforma de políticas públicas relacionadas con la satisfacción de derechos esenciales, la capacidad de algunas cortes o tribunales para reorientar a través de sus resoluciones el enfoque tradicional de las políticas públicas (basado en la eficiencia presupuestaria), hacia objetivos que realmente permitan medir, sobre la base del respeto de la dignidad humana, el goce efectivo de los derechos fundamentales.

En efecto, la creciente incidencia que en los últimos tiempos ha tenido la jurisprudencia constitucional en el ámbito de la acción pública, la ha convertido en una garantía eficaz para el reconocimiento de derechos, y en especial en el caso de los derechos de naturaleza social, fijando en muchos casos las condiciones mínimas para la satisfacción de derechos tales como la salud, la educación y el trabajo, para asegurar una vida digna a los grupos más vulnerables de la sociedad.

Asimismo, esta práctica jurisprudencial en el ámbito constitucional, quizás poco analizada por la doctrina nacional hasta la fecha, nos presenta un nuevo enfoque de las relaciones entre el Derecho y la política, entre la justicia constitucional y las políticas públicas, cuyos campos de acción ya no pueden entenderse en un sentido absoluto y cerrado; estamos frente a lo que en buena cuenta ha denominado Grenfieth Sierra Cadena como “el fin de las disciplinas cerradas y de los análisis absolutistas sobre el Estado, la sociedad y lo jurídico” (2007: 134).

No por ello debemos desconocer que con la intromisión de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de las políticas se trae nuevamente a colación la clásica discusión sobre los límites de la jurisdicción constitucional en el ámbito de las decisiones públicas. Sin embargo, esto deberá sopesarse con los beneficios y los resultados positivos obtenidos a partir de la incidencia de la jurisprudencia constitucional, generando un cambio sustancial en el diseño y la aplicación de determinadas políticas vinculadas con el desarrollo de los derechos fundamentales.

Es posible que la existencia de determinadas normas constitucionales que exigen al poder estatal el desarrollo de políticas públicas para el reconocimiento progresivo de los derechos, otorguen legitimidad social a determinados grupos o minorías para cuestionar y plantear demandas procesales o extraprocesales (como la protesta social) frente a las limitaciones de tipo competencial y presupuestal que argumenta el Estado para diseñar políticas eficientes. Es posible que el regreso a la norma jurídica constitucional para redefinir los alcances de las acciones políticas, plantee también la intervención de nuevos actores en el proceso de formulación de políticas públicas, tales como el juez constitucional.

En el presente capítulo también trataremos de ubicar al juez constitucional como un actor relevante en el ámbito de las políticas públicas, algunos casos en los que su

intervención ha sido de gran importancia para garantizar aspectos mínimos en el reconocimiento de derechos, y los alcances que han tenido sus decisiones. En esa línea, tomaremos como modelo las experiencias de Estados Unidos, Colombia y Argentina, para luego efectuar un análisis más profundo de la jurisprudencia que ha emitido el Tribunal Constitucional peruano con incidencia en las políticas públicas.

1. LA SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA INCLUSIÓN DE LAS MINORÍAS.

1.1 La política pública en materia educativa.

Recordemos que durante el estudio de las cuestiones políticas no justiciables, o la denominada doctrina de las *political questions*, advertimos que la doctrina constitucional norteamericana fue una de las primeras corrientes en evidenciar el impacto de la jurisdicción en el ámbito de las políticas públicas, siendo que para Dahl la Suprema Corte de los Estados Unidos constituía una institución que crea políticas públicas: “(...) la Corte crea políticas públicas a nivel nacional, y es este rol el que hace surgir el problema del papel de la Corte en un sistema político que se jacta de ser considerado democrático” (1957: 84).

Asimismo, Martin Shapiro atribuirá a la decisión *Brown v. Board of Education* (374 US 483 1954) el comienzo de una serie de cambios en las políticas públicas relacionadas con los derechos de las minorías y que serán promovidas por la jurisdicción constitucional, en materia tales como el proceso penal, el sistema electoral, la libertad de expresión en cuestiones políticas, el sistema penitenciario, la pena de muerte y el aborto (1994: 104).

Como veremos, la Suprema Corte de Estados Unidos ha jugado un rol histórico relevante en el reconocimiento de los derechos de las minorías, en especial, los relacionados con las minorías raciales, siendo la vía jurisprudencial la que prácticamente estableció la política antisegregacionista en los Estados Unidos. Pero incluso, habría que señalar que siete años antes de la decisión *Brown v. Board of Education*, las Cortes Federales ya venían marcando precedentes importantes al respecto, siendo el principal ejemplo de ello la decisión *Westminster v. Méndez* (161 F. 2d 774, 9th Circuit, 1947).

En este caso, una pareja de hispanos que se vio imposibilitada de inscribir a sus hijos en una escuela del distrito debido a la vigencia de una ley de segregación que los sometía a

asistir a una escuela de mexicanos, presentó una demanda contra cuatro distritos escolares del Sur de California a efectos que se ponga fin a la segregación de los niños hispanos en las escuelas del Condado de Orange, en California, rompiendo de esta manera con las prácticas segregacionistas vecinales, como la prohibición a ciertas minorías raciales de ingresar a espacios públicos (piscinas, restaurantes, etc.).

Habiendo dictaminado un juez local a favor de la familia Méndez, la corte de apelación también decidió que no deberían existir espacios para escuelas segregadas en California. Esto conllevó a que el gobernador de California, Earl Warren, estableciese una política antisegregacionista en las escuelas, convirtiendo a California en el primer Estado norteamericano en poner fin a la discriminación institucional en los centros educativos. Siete años después, Earl Warren, como Jefe de la Suprema Corte de los Estados Unidos, dictaminó la decisión *Brown v. Board of Education*, con la cual se puso fin a la política segregacionista en el país.

No obstante, es preciso señalar que los cambios jurisprudenciales en el sistema judicial norteamericano con incidencia en alguna política pública, no siempre ha sido uniforme y favorable a la igualdad de las minorías. Un ejemplo de ello lo encontramos en la decisión *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905), caso visto por la Suprema Corte a inicios del Siglo XX, el cual tuvo una influencia decisiva en la política laboral de dicho país. Esta sentencia declaró inconstitucional una ley aprobada por el Estado de Nueva York que establecía que los obreros de las panaderías podían trabajar un máximo de diez horas diarias, con un límite de sesenta horas por semana, con la finalidad de evitar la explotación laboral.

El test de constitucionalidad empleado por la Suprema Corte para resolver este caso, contrapuso derechos como la libertad de contratar y el debido procedimiento sustancial de los empleadores frente al derecho a la propiedad del trabajo de los obreros, concluyendo que era irrazonable cualquier limitación a la voluntad de éstos de someterse a jornadas de trabajo excesivas³¹.

³¹ Para un mayor análisis del tema, recomendamos las siguientes lecturas: Beck Furnish, Dale. *Adopción de decisiones económicas en el sistema constitucional norteamericano*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 14, N° 1, 1987. Carbonell, Miguel. *Lochner versus New York: libertad contractual y derechos fundamentales*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia, Año 2, N° 09, Septiembre 2007.

En materia educativa, corresponde presentar como el caso más emblemático la decisión *Brown v. Board of Education I* 374 U.S. 483 (1954), que introdujo la doctrina antisegregacionista compatible con la cláusula de “igual protección de las leyes”, a través del cual la Suprema Corte puso fin a toda la doctrina segregacionista “iguales pero separados” que tuvo sus inicios con la decisión *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896), la cual negaba la posibilidad de alcanzar la igualdad social a través de las leyes, salvo la igualdad civil y política.

Con el caso *Brown* por primera vez se reconoció que la segregación racial era contraria a la igual protección de las leyes, al generar un sentimiento de inferioridad en las minorías, pues buscaba perpetuar estereotipos respecto a la superioridad de ciertas razas, afectándose gravemente la dignidad de las personas.

La política antisegregacionista en materia educativa benefició también a los inmigrantes cuando en la decisión *Lau v. Nichols* 441 U.S 563 (1974) la Suprema Corte exigió a las escuelas la creación de programas para afrontar las barreras del idioma, y así ayudar a los estudiantes con pocos conocimientos de inglés a su inclusión educativa, dado que se descubrió que el sistema escolar de San Francisco no ofrecía la enseñanza del idioma inglés a aproximadamente 1,800 estudiantes chinos, quienes tenían muy pocos conocimientos de dicho idioma. De esta manera, la Suprema Corte hizo que la educación bilingüe sea un derecho de millones de estudiantes, a efectos que éstos también puedan acceder a la misma educación que recibían aquellos cuya lengua materna era el inglés.

En otra decisión, *Plyler v. Doe* 457 U.S. 202 (1982), debido a que una ley de Texas prohibió a los distritos escolares a usar el dinero del gobierno federal para educar a niños indocumentados, la Corte Suprema sostuvo que los inmigrantes indocumentados tenían derecho a la educación pública gratuita y equitativa desde el kindergarten hasta el último año de secundaria. La corte sostuvo que los niños indocumentados tienen derecho a la educación gratuita de la que gozan los ciudadanos estadounidenses e inmigrantes legales, por lo que dicha ley violaba la cláusula de igual protección de las leyes. A partir de este caso, todas las escuelas en Estados Unidos tuvieron la obligación de ofrecer educación pública gratuita a todos los niños, sin discriminación alguna, no importando que éstos sean indocumentados.

También es importante citar la decisión *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978), con la cual la Suprema Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de un programa que reservaba un número determinado de vacantes de la Escuela de Medicina de la Universidad de California, para ser ocupado por personas pertenecientes a grupos minoritarios, estableciendo que los programas de admisión universitaria basados en criterios sensibles como la raza, no son contrarios a la cláusula de igual protección de las leyes, siempre que sólo sea tomado en cuenta como un factor de selección entre otros, y no se establezcan cuotas rígidas.

1.2 La política pública en materia laboral.

La Suprema Corte de Estados Unidos no sólo ha tenido una gran influencia en el diseño de la política antisegregacionista en materia educativa en dicho país, sino también en el diseño de políticas de acción afirmativa a favor de determinadas minorías para el acceso a los derechos laborales. De hecho, el desarrollo doctrinal de las acciones afirmativas se sitúa en el sistema judicial norteamericano, detrás del cual existió un complejo contexto social de discriminación basado principalmente en la raza y el género (Gonzales Martín 2006: 309), lo cual no es difícil de atribuir a una nación cuya Constitución no contempló desde sus orígenes ninguna referencia a la igualdad, haciéndose más fácil la construcción de argumentaciones que justificaban, por ejemplo, la esclavitud³².

Es preciso resaltar el contexto norteamericano que dio cabida al surgimiento de las acciones afirmativas, lo cual trajo consigo la necesidad de contar con medidas concretas de enmienda respecto a las desigualdades que padecían algunos grupos sociales; llegar a este objetivo en el corto plazo implicaría la adopción de decisiones estatales opuestas a lo que comúnmente conviene, desea o beneficia únicamente a la mayoría.

Es así que la figura de las acciones afirmativas surge por primera vez en Estados Unidos en la esfera laboral, a través de la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935. Esta Ley establecía que el empresario culpable de discriminar a sus trabajadores pertenecientes a sindicatos, debía colocar a las víctimas en los cargos que ocuparían si no hubiesen sido discriminadas.

³² Nos referimos a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y, posteriormente, a la famosa Sentencia del caso *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1857).

Podremos ver más adelante que el concepto de acción afirmativa originariamente estaba relacionado con la obligación que tenían las empresas de poner en marcha programas para garantizar la presencia de minorías en las postulaciones a un empleo, lo cual no necesariamente afectaba los criterios tradicionales de selección, tales como el mérito. Es decir, en un inicio no se pensaba en las acciones afirmativas como medidas de tratamiento preferente a favor de las minorías (Martín Vida 2003: 171).

Es de resaltar el devenir histórico de la acción afirmativa en el sistema jurídico norteamericano, el cual pasó de la obligación de cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria -efectivizada a través de la persuasión moral y la negociación entre las partes, a través de entes sin mucha capacidad ejecutiva-, a la obligación de los empleadores de no discriminar y de establecer planes y programas para contratar a miembros de minorías para el logro de resultados a través de objetivos numéricos. Esta situación se daba aun cuando los empleadores no incurrieran en prácticas discriminatorias.

Todas estas medidas ejecutivas por parte del Gobierno estadounidense para disminuir las desigualdades y amparar a las minorías en el ámbito laboral, tuvieron mayor efectividad a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos. Por ejemplo, para la década de los sesenta con la Ley de Derechos Civiles, los programas de acción afirmativa por parte de los empleadores eran voluntarios y debían ser promovidos por la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC), es decir, éstas no estaban concebidas como una obligación jurídica para los empleadores. Sin embargo, los tribunales estaban autorizados a imponer medidas de acción afirmativa en aquellos casos en los que se comprobaban prácticas laborales discriminatorias por parte de las empresas, y esto debido a las interpretaciones particulares que los tribunales daban a los Títulos VI y VII de la Ley de Derechos Civiles.

De hecho, los cambios jurisprudenciales en el sistema judicial norteamericano referidos a la igualdad de las minorías y a las acciones afirmativas, respondían con claridad a las doctrinas predominantes en el momento en que se resolvía un determinado caso, por ejemplo: *Lochner v. New York*: doctrina del debido procedimiento sustancial, *Brown v. Board of Education*: doctrina antisegregacionista compatible con la cláusula de igual protección de las leyes, *Griggs v. Duke Power Company*: doctrina del efecto adverso³³,

³³ 401 U.S. 424 (1971). Esta doctrina permitió a los tribunales verificar si determinada norma aparentemente neutra producía efectos discriminatorios en alguna minoría; de ser así, dicha norma terminaba siendo

Washington v. Davis: doctrina de la intención discriminatoria³⁴. Estos paradigmáticos casos muestran el vaivén de posiciones del sistema constitucional norteamericano respecto al contenido de la igualdad, su alcance a las minorías y la adopción de medidas de acción afirmativa.

En un caso algo más reciente referido a las acciones afirmativas, como fue la decisión *Romer v. Evans* 517 U.S. 620 (1996), la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de la Enmienda 2 de la Constitución del Estado de Colorado. Lo resaltante de este caso es que la reforma constitucional que subyace a la mencionada enmienda tuvo su origen en un referéndum estatal en el que la mayoría de los habitantes del Estado de Colorado votaron a favor de la misma (53%). Ésta establecía lo siguiente:

(...) ni el estado de Colorado, por medio de cualquiera de sus ramas o departamentos, ni ninguna de sus agencias, subdivisiones políticas, municipalidades o escuelas de distrito, sancionará ley, regulación, ordenanza o política alguna por medio de las cuales la orientación o conducta homosexual, lesbiana o bisexual constituya o sea el fundamento o título de cualquier persona o clase de personas para reclamar un estatus especialmente protegido o de minoría, ni para exigir cuotas preferenciales o reclamos antidiscriminatorios.

La Suprema Corte básicamente sostuvo que la enmienda en cuestión colocaba a los homosexuales en una clase solitaria y los privaba de una protección necesaria en su calidad de minoría; que lejos de colocarlos en pie de igualdad con el resto de la sociedad,

declarada contraria a la cláusula de igual protección de las leyes. En el caso *Griggs* se estableció que el empleador estaba obligado a justificar en necesidades empresariales una medida con efectos negativos en una determinada minoría, ya que más que las intenciones del empleador, a la Corte le interesaba el impacto real de determinadas prácticas en el empleo. Esto llevó a que las empresas adoptasen voluntariamente programas de acción afirmativa (medidas de tratamiento preferente o sistemas de cuotas) para no tener que probar la justificación de la medida, y así ahorrarse el pago de indemnizaciones.

³⁴ 426 U.S. 229 (1976). En este caso la Suprema Corte de Estados Unidos estableció que lo inconstitucional era la intención de discriminar, al margen de los efectos adversos de la medida en determinadas minorías, es decir, este impacto debía ser producto de una intención, y probada por el demandante. Este nuevo enfoque jurisprudencial hizo mucho más difícil para las personas obtener amparo judicial e hizo que las empresas ya no se vean obligadas a implementar programas de acción afirmativa, pues las exigencias de justificación para los empleadores eran menos estrictas. Los cambios jurisprudenciales por parte de la Suprema Corte de Estados Unidos finalmente arribaron en que era preferible la adopción de criterios, estándares o políticas neutrales e indiferentes a los rasgos que identifican a las minorías, puesto que: “el respeto al principio antidiscriminatorio y a la igualdad de oportunidades no conduce necesariamente a una representación proporcional de los distintos colectivos en los diversos ámbitos de la vida social” Martín Vida 2003: 167.

los incapacitaba para poder reclamar a futuro medidas de protección frente a las esferas pública y privada (acciones afirmativas), así como anulaba su derecho a la no discriminación.

Otro argumento de la Suprema Corte fue que la enmienda no guardaba relación con un propósito legislativo válido, ni con las razones alegadas para su implementación, ya que únicamente respondía a la intención de seleccionar un grupo y colocarlo en situación de desigualdad con respecto al resto de ciudadanos, tan sólo por su orientación sexual.

Lo que no podemos desconocer es que aún persisten en el contexto norteamericano fuertes cuestionamientos a los programas que otorgan un tratamiento preferente a grupos históricamente discriminados, especialmente en los ámbitos laboral y educativo, y esto, bajo argumentos de diversa naturaleza, como por ejemplo que a la larga estas acciones pueden constituirse en medidas peligrosas ya que al pretender generar un trato igualitario a personas que integran grupos en situación de vulnerabilidad, se termina generando la desigualdad de otros que integran grupos no excluidos; que para la formulación de estas medidas se presupone la inferioridad de los miembros de las minorías haciendo que en algunos casos estas personas obtengan una ventaja no querida con respecto al resto; o que en el reparto de bienes escasos, tales como los puestos de trabajo, los ascensos y las vacantes universitarias, debería regir el criterio del “mérito”.

Estas objeciones contramayoritarias han posibilitado la revisión constitucional de las medidas de acción afirmativa en el sistema judicial norteamericano, desembocando luego en mayores niveles de exigencia para su admisión³⁵, aliviando -por otro lado- los intereses de colectivos poderosos y mayoritarios como los empresariales. Por ello, Ronald Dworkin en su libro “Virtud Soberana. La Teoría y la Práctica de la Igualdad” (2003), sobre la base de un importante estudio estadístico elaborado en el año 1998 respecto a los treinta años de discriminación positiva en las universidades norteamericanas³⁶, realiza un interesante análisis sobre la funcionalidad de la discriminación positiva y advierte de los riesgos de las críticas prejuiciosas o doctrinales en los ámbitos político y legal contra estos programas de inclusión, pues ello podría conllevar a su disminución o desaparición.

³⁵ Esta situación se presentó con mayor frecuencia en el sistema educativo, con motivo de la segregación racial de la década de los setenta.

³⁶ El estudio se denomina “*The Shape of River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*”, cuyos autores son William G. Bowen y Derek Bok.

De hecho, Dworkin se basa en el estudio señalado para contradecir con datos reales las principales críticas sostenidas en Estados Unidos contra las acciones afirmativas (2003: 423), concluyendo que éstas han significado más beneficiosas para la inclusión de grupos históricamente discriminados, como los afroamericanos, que si se hubiesen empleado políticas neutrales, por lo que la eliminación de estas medidas podría tener efectos contraproducentes para las minorías, siendo que en la actualidad constituyen instrumentos de suma importancia para las democracias pluralistas.

De esta manera, vemos que el análisis del desarrollo jurisprudencial de la Suprema Corte de Estados Unidos significa muchas veces pasar una revisión a la forma cómo se han diseñado importantes políticas públicas en dicha nación, como las referidas a la segregación racial, al tratamiento de los inmigrantes, a las políticas de acción afirmativa en materia educativa y laboral, temas sobre los que -por cierto- previamente ha existido un fuerte desacuerdo social sobre las alternativas para su tratamiento. Es, como señala Dahl, un desacuerdo sobre cuestiones fácticas, relativas a las consecuencias y probabilidades, sobre cuestiones de valor, sobre cómo deben ser ordenadas las diferentes alternativas o sobre los criterios escogidos para establecer la prioridad de las alternativas, aun cuando pueda haber un consenso considerable respecto de las alternativas posibles (1957: 84).

2. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESPLAZAMIENTO FORZADO Y CONTRA EL BULLYING.

2.1 La política pública de desplazamiento forzado.

La intervención de la Corte Constitucional de Colombia en el ámbito de las políticas públicas responde a la concepción que tienen sus jueces respecto a la importancia de la labor que ellos desempeñan para la implementación de la Constitución mediante una interpretación amplia de los derechos.

Al respecto, para la doctrina constitucional el ejemplo más claro del control que la justicia constitucional de Colombia ha podido ejercer respecto de las políticas públicas que afectan los derechos fundamentales, se haya en la Sentencia T-025/04 del 22 de enero de 2004, a través de la cual la Corte vio necesario intervenir en la política pública que venía implementando el Estado colombiano para exigir que se otorgue un trato preferente a la

población desplazada, dada su condición de extrema vulnerabilidad, no sólo por el hecho mismo del desplazamiento, sino también porque en su mayoría los desplazados se encontraban conformados por grupos vulnerables (mujeres, niños, niñas y adolescentes, minorías étnicas y adultos mayores), y en razón de la multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento.

Asimismo, la trascendencia de esta sentencia debe ser vista también desde el impacto que tuvo en la eficacia de los derechos sociales, que por siempre han sido asumidos por los Estados como derechos de carácter programático, debido a las afectaciones presupuestales que se deben efectuar para su pleno cumplimiento, y a los altos costos económicos para la implementación de políticas públicas para la inclusión de las minorías.

La situación jurídica de la población desplazada en Colombia es una problemática que viene afectando a dicho país desde la década de los ochenta debido al conflicto interno que dicha nación padece, y en particular por las acciones de violencia de los grupos armados irregulares que ha ocasionado el desplazamiento de millones de personas, lo cual hace necesaria una gran inversión pública para atender a dicha población a efectos de cubrir sus necesidades básicas.

En atención a dicha problemática, desde el año 1997 el Estado colombiano ha venido emitiendo una serie de normas para identificar y definir el problema de la población desplazada, y configurar una política pública que pueda atender sus principales necesidades³⁷. Esta política, que fue estructurada en julio de 1997 tuvo tres grandes objetivos: 1. Atención humanitaria de emergencia, 2. Estabilización socioeconómica, y 3. Retorno o establecimiento; señalando y delimitando -además- a los órganos competentes (actores) para la ejecución de dicha política, los cuales conformaban el Sistema Nacional de Atención de la Población Desplazada con funciones y atribuciones determinadas (reglas).

No obstante, en atención a las falencias de dicha política pública debido -entre otros aspectos- a la definición restrictiva de la población desplazada y de los principios interpretativos para llenar los vacíos legales, la Corte Constitucional de Colombia ha

³⁷ Nos referimos a la Ley 387 de 1997, y su Reglamento aprobado por el Decreto 2569 de 2000.

venido interviniendo sistemáticamente para garantizar el enfoque de derechos y la implementación progresiva de los derechos de dicha población.

Esta intervención judicial se viene dando desde el año 1997 a través de peticiones realizadas directamente por los ciudadanos, cuyas resoluciones sentaron las bases jurisprudenciales para que en año 2004, a través de la Sentencia T-025/04, la Corte declarase el “estado de cosas inconstitucional” como resultado del control que ejerció sobre la política pública que el Estado venía implementando para el tratamiento de la problemática del desplazamiento forzado en Colombia.

En efecto, la Corte Constitucional de Colombia a través de la Sentencia T-025/04³⁸ ordenó acciones puntuales al Estado colombiano para contrarrestar la sensible situación que venía padeciendo la población desplazada, desde tres flancos:

1. Respecto a los alcances de la política: la Corte influyó para que se dé una ampliación de los derechos que ésta otorgaba a la población desplazada;
2. En cuanto a la definición del problema: la Corte incidió en la modificación del marco teórico que justificaba la intervención del Estado en esta problemática y la ampliación de las funciones de la política, y;
3. En lo que se refiere a los actores legitimados legalmente para diseñar y ejecutar la política: si bien en este aspecto la Corte únicamente lo que hizo fue activar la participación de las instituciones que ya se encontraban previstas como actores por la normativa, ella se convirtió en un actor más al incidir de manera efectiva en la redefinición de la política pública.

En dicha causa también la Corte delimitó los problemas jurídicos a resolver, siendo éstos los siguientes:

1. La posibilidad de revisión de las acciones y omisiones de las autoridades públicas respecto de la atención integral a la población desplazada, para determinar si los problemas en el diseño, implementación, evaluación y seguimiento de la

³⁸ Esta sentencia fue dictada con ocasión de la acumulación de 108 acciones de tutela interpuestas por 1,150 núcleos familiares pertenecientes a la población desplazada, conformadas en su mayoría por mujeres cabezas de familia, personas adultas mayores, menores de edad y algunos indígenas.

- respectiva política estatal inciden, con relevancia constitucional, en la violación de los derechos fundamentales de dicha población.
2. La vulneración del derecho de los desplazados al mínimo vital y a recibir pronta respuesta a sus peticiones, en particular respecto a la ayuda humanitaria, al restablecimiento económico, a la reubicación, a la vivienda, a la atención integral de salud y a la educación, más aún cuando dicho acceso está supeditado por las propias autoridades (i) a la existencia de recursos con los que no cuenta el Estado, (ii) al rediseño del instrumento que determina la forma, alcance y procedimiento para la obtención de la ayuda, (iii) a la determinación de la entidad que asumirá el suministro de la ayuda.
 3. La vulneración de los derechos de petición, al trabajo, al mínimo vital, a la vivienda digna, a la atención en salud, al acceso a la educación de los demandantes, cuando las entidades encargadas de otorgar las ayudas previstas en la ley (i) omiten dar respuesta de fondo, concreta y precisa sobre la ayuda solicitada, o (ii) se niegan a otorgar la ayuda solicitada (a) por la falta de recursos suficientes para atender las solicitudes, (b) por falta de cumplimiento de requisitos legales para acceder a dicha ayuda, (c) por existir un lista de solicitudes que deben ser atendidas previamente, (d) por falta de competencia de la entidad ante la cual se presenta la solicitud, (e) por cambio de los requisitos y condiciones definidos por el legislador para acceder a la ayuda solicitada, (f) porque la entidad ante la cual se presenta la solicitud se encuentra actualmente en liquidación.

Para resolver los problemas señalados, la Corte previamente realizó una revisión de los criterios jurisprudenciales que venía empleando desde el año 1997 en las diversas causas relacionadas con la vulneración de los derechos de la población desplazada, identificando de esta manera las acciones u omisiones estatales que configuraban una violación de los derechos constitucionales de los desplazados.

Es interesante destacar el pronunciamiento de la Corte respecto al cumplimiento de los derechos sociales, los cuales suelen basarse en principios constitucionales en sentido de normas programáticas o directrices, consideradas como mandatos de optimización. Al respecto, para la Corte el que un derecho tenga una marcada dimensión programática no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse:

El avance progresivo de los derechos (...) se garantiza mediante procesos de ejecución compleja de los mandatos superiores, que están sujetos a una serie de criterios constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por la autoridades tanto al diseñar como al ejecutar la política. Cuando el Estado omite sin justificación constitucionalmente aceptable tomar medidas frente a la marginación que sufren algunos miembros de la sociedad, y se verifica que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental, la función del juez será no la de remplazar a los órganos del poder público incursos en la abstención, sino la ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado. (Consideración y Fundamento 8.2)

Finalmente, la Corte constató que a pesar de existir en Colombia una política pública para la atención de la población desplazada, debido a la multiplicidad de leyes, decretos y documentos, esta política no logró contrarrestar el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de los desplazados, asegurar el goce efectivo de sus derechos constitucionales ni favorecer la superación de las condiciones que ocasionaban la violación de tales derechos:

Según un estudio reciente, las condiciones básicas de vida de dichas personas distan mucho de satisfacer los derechos reconocidos nacional e internacionalmente. El 92% de la población desplazada presenta necesidades básicas insatisfechas (...) y el 80% se encuentra en situación de indigencia. Igualmente, el 63.5% de la población desplazada tiene una vivienda inadecuada, y el 49% no cuenta con servicios idóneos (...). (Consideración y Fundamento 6)

Debido a la vulneración sistemática de los niveles mínimos de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas en situación de desplazamiento, tales como el derecho a la vida, los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral, el derecho a la familia, el derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital, el derecho a la salud, el derecho a la protección frente a prácticas discriminatorias, el derecho a la educación básica, entre otros; la Corte entró a determinar la existencia de los factores que determinan el “estado de cosas inconstitucional”, señalando que cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales que afecta a una multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural, el juez debe declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ordenar los remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para

lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación.

De esta manera, la Corte Constitucional resolvió declarando el estado de cosas inconstitucional respecto a la población desplazada, por un lado, debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, y por otro lado, debido al volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales.

Asimismo, la Corte ordenó a diversas instituciones del Estado para que, dentro del ámbito de sus competencias y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, diseñen e implementen un plan de acción para superar dicha problemática, estableciendo para esto acciones puntuales para cada una de estas instituciones.

Como podemos ver, a través de esta sentencia la Corte Constitucional de Colombia marcó un precedente importante en cuanto al rol de la jurisdicción constitucional para retomar el enfoque de derechos en el ámbito de las políticas públicas, en la judicialización de los derechos sociales para exigir la progresividad en su cumplimiento, y para incidir en el proceso de formulación de las políticas públicas tanto para la redefinición de las reglas como los actores.

En ese sentido, lejos de los cuestionamientos que la doctrina podría tener para admitir la incidencia de la jurisdicción constitucional en el ámbito de las políticas públicas, es imposible negar que en el estudio de la política pública de desplazamiento forzado en Colombia, la revisión de las sentencias que al respecto ha dictado la Corte Constitucional desde el año 1997 resultan una fuente insoslayable para descubrir una historia que no encontraremos ni en las leyes ni en los decretos dictados por el poder legislativo y el poder ejecutivo de dicho país³⁹.

³⁹ Para una revisión más extensa de la incidencia de la Corte Constitucional de Colombia en la política pública de desplazamiento forzado en dicho país, sugerimos la lectura de la Tesis de Valderrama Gómez, César Augusto, “Corte Constitucional colombiana. Un actor relevante en el ciclo de las políticas. El caso de la política pública para la población desplazada por la violencia”, Tesis para optar el título de Maestro en Gobierno y Asuntos Públicos, México: Flacso, 2010.

2.2 La política pública contra el bullying.

Siguiendo esta línea de análisis, en un caso más reciente la Corte Constitucional de Colombia a través de la Sentencia T-905/11 del 30 de noviembre de 2011, resolvió la acción de tutela instaurada por una pareja, en representación de su menor hija, debido a que era víctima de agresiones y ofensas por parte de sus compañeros de estudio, ordenando al Estado formular en el plazo de seis meses una política general contra las prácticas de hostigamiento o acoso escolar (bullying).

En este caso, la hija de los demandantes era víctima de ofensas, agresiones verbales e incluso virtuales por parte de sus compañeros de estudio, debido a que sufría de acné y tenía un excelente desempeño académico. Sin embargo, la Corte había constatado que las autoridades educativas no intervinieron para solucionar el problema, a pesar que los demandantes acudieron al director de grado y al coordinador de disciplina para exponer la crítica situación de acoso escolar que padecía la niña.

Conocidos los hechos, la Corte se avocó a examinar si se vulneraban los derechos fundamentales de una niña cuando ésta es sometida a actos de coerción y burla por sus compañeros de clase, aun cuando la autoridad educativa ha cumplido en dicho caso con aplicar el respectivo manual de convivencia y ha impartido las sanciones correspondientes.

Un aspecto a resaltar en el presente caso es que, si bien la Secretaría de Educación Departamental informó que implementó un conjunto de actividades, programas y proyectos que constituyen una política pública preventiva a nivel de educación para garantizar ambientes escolares óptimos, y que en los hechos los demandantes decidieron cancelar la matrícula de su hija para inscribirla en otra institución -configurándose de esta manera la figura de la “carencia actual de objeto por daño consumado”⁴⁰-, la Corte entró a evaluar el tema de fondo relacionado con la protección de los niños dentro de los establecimientos educativos⁴¹.

⁴⁰ Sentencia T-170 de 2009: “(...) la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela”.

⁴¹ Ello es posible debido a que la Sentencia T-271 de 2001 estableció que también en aquellos casos en los que se observe carencia de objeto de la acción y sea evidente que la tutela debió ser decidida en un sentido diferente, la Corte debe definir si confirma o revoca, precisando que no se pronunciará de fondo para

Asimismo, de la lectura de esta sentencia se observa que lo que preocupaba a la Corte era el hecho resultante de la negativa de protección o de medidas efectivas por parte de las autoridades educativas para garantizar el bienestar de la hija de los demandantes, es decir, el retiro de la víctima del colegio para continuar su proceso educativo en otra institución, lo cual sentaba un mal precedente que suplía la carencia de una política estatal eficiente; es decir, en adelante los padres de cualquier estudiante que se encontrase en una situación semejante, optarían por retirar del colegio a sus hijos como la mejor solución para enfrentar el hostigamiento escolar.

Asimismo, la Corte consideró que no bastaba con que el juez de tutela establezca las acciones a seguir en un caso de acoso escolar, sino también la participación de otras autoridades de los diversos niveles que conforman el engranaje en materia educativa, advirtiéndose de esta manera que en Colombia no existía una política coherente y efectiva que garantice la identificación y atención de los casos de acoso u hostigamiento escolar mediante un proceso restaurativo, sino únicamente programas fragmentados y poco efectivos. Al respecto, la Corte señaló:

Es preocupante, por ejemplo, que no exista una definición de este fenómeno, sus elementos y tipologías o niveles de complejidad, de manera que sea posible distinguirla de otras formas de conflicto escolar; esto, obviamente, impide la diferenciación de una estrategia plena, que atienda las necesidades puntuales de las partes, los padres de familia y, adicionalmente, de los profesores.

Bajo tales argumentos, la Corte declaró que existió vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad y a la educación de la hija de los demandantes, pero dado que se configuró una carencia actual de objeto por daño consumado, ordenó al Ministerio de Educación Nacional que en el término de seis meses, en coordinación con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, lidere la formulación de una política general que permita la prevención, detección y atención de las prácticas de hostigamiento, acoso o “manoteo escolar”, de manera que sea coherente con programas actuales, con las competencias de las entidades territoriales y que constituya una herramienta básica para la actualización de todos los manuales de convivencia.

indicar un remedio judicial sobre el problema jurídico. Por lo que, por la naturaleza misma de la revisión de fallos, es posible pronunciarse sobre el fondo del asunto aun cuando no se imparta ninguna orden en concreto.

Otro aspecto sumamente interesante de la sentencia en cuestión es que la Corte resolvió ordenando que sea el juzgado de primera instancia el que vigile el cumplimiento de esta decisión, haciendo que en la práctica sea un órgano jurisdiccional el que controle que el Estado Colombiano, a través de su Sector Educación, cumpla con diseñar e implementar una política pública contra el bullying.

3. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA PREVISIONAL Y DE SALUD.

3.1 La política pública en materia previsional.

La mayor comprobación empírica del rol que ha venido desempeñando la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el ámbito de las políticas públicas se haya en las sentencias en materia previsional dictadas en el periodo 2005-2007, a través de las cuales dicha Corte influyó en el diseño e implementación de la política pública previsional en Argentina, que consistió básicamente en la revisión de los lineamientos centrales elaborados durante la década de los noventa y la construcción de un marco jurídico para la protección efectiva de los derechos de los jubilados.

Como en muchos otros sistemas jurídicos que admiten el control constitucional de las normas, en Argentina aún no existe una doctrina consolidada sobre el estudio de la incidencia de las resoluciones de la Corte Suprema en los procesos de formulación de las políticas públicas, ni sobre los resultados de dichas intervenciones:

(...) no existe mucha evidencia sobre la forma específica en que el accionar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación influye en el diseño de políticas públicas en Argentina. (...) Más allá de proposiciones normativas -la forma en que idealmente se concibió el rol del Poder Judicial en el sistema constitucional de cada país-, el objetivo central de este enfoque es entender cómo las instituciones judiciales operan en la práctica, procurando identificar de manera empírica patrones concretos de interacción entre el sistema de justicia y los actores responsables de la formulación de políticas estatales. En América Latina, por el contrario, el estado del análisis académico en esta materia se encuentra aún en una etapa temprana. (Herrero, 2011: 75-76)

No obstante, nos parece interesante tomar en cuenta los cambios que a partir del año 2005 la Corte Suprema originó en la política previsional vigente en Argentina, a través de una serie de sentencias que -además- exigían al poder ejecutivo y al poder legislativo

introducir cambios conducentes a la protección efectiva de los derechos previsionales de los ciudadanos.

En principio, es preciso recordar que la Corte Suprema de Justicia de Argentina es un órgano jurisdiccional que resuelve los casos que llegan a él a través de dos vías. En una primera vía actúa como primera instancia, resolviendo los casos en virtud de sus competencias constitucionales para decidir en forma exclusiva las causas concernientes a determinados funcionarios públicos (por ejemplo, los ministros). En una segunda vía, actúa como corte de apelación revisando las resoluciones dictadas por cortes de menor jerarquía, en virtud a sus competencias como último intérprete de la Constitución argentina.

Como se recordará, en el año 1993 se implementó en Argentina un paquete de reformas en materia previsional impulsadas por el presidente Carlos Menem, dado que dicho sistema atravesaba por un creciente déficit. Con tales reformas, que incluía la prohibición de los ajustes automáticos de las pensiones, salvo por ley del Congreso de la Nación y siempre que hubiese fondos para hacerlo, diversos casos empezaron a llegar a la Corte Suprema para su revisión.

Si bien en una primera etapa que duró desde 1999 hasta 2005, la Corte Suprema resolvió de manera favorable a la política previsional que el gobierno había diseñado, cuya finalidad era evitar incrementar el gasto fiscal que podía generarse del aumento por ajuste de las pensiones de los jubilados; a partir de 2005, con la recomposición de la Corte Suprema por cuestionamientos a varios de sus miembros, se empieza a dictar una serie de decisiones en materia previsional que van a controlar, entre otros aspectos, la validez de los criterios que hasta ese momento se habían aplicado para negar los ajustes pensionarios. Estos fallos, considera la doctrina argentina, incidieron decisivamente en que el poder ejecutivo y el poder legislativo lleven a cabo cambios sustanciales en la política pública previsional argentina⁴².

De este grupo de decisiones que dictó la Corte Suprema de Justicia de Argentina, destacaremos el caso “Badaro”, a través del cual se evaluó la ausencia de un mecanismo

⁴² Las sentencias que se destacan son: el caso “Itzcovich” (Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/ajustes varios, CSJN, 29/3/05), el caso “Sánchez” (Sánchez, María del Carmen c/ANSeS s/ajustes varios, CSJN, 17/05/05, el caso “Gemelli” (Gemelli, Esther Noemí c/ANSeS s/ajustes varios, CSJN, 28/07/05), y el caso “Badaro” (Badaro, Adolfo Agustín c/ANSeS s/ajustes varios, CSJN, 08/08/06).

efectivo para asegurar el ajuste (o movilidad) de las jubilaciones. Es así que el señor Adolfo Agustín Badaro, quien se había jubilado de conductor naval en el año 1985, presentó su demanda judicial para la actualización de su pensión debido a que durante más de una década no había percibido ningún tipo de aumento.

Dado que en una sentencia anterior (el caso “Sánchez”) la Corte ya se había pronunciado sobre la posibilidad de reajustes en el período anterior al año 1995, correspondía determinar en el caso “Badaro” si dicho ajuste también era aplicable para el período posterior al año 1995, es decir con posterioridad a la vigencia de la Ley de Solidaridad Previsional, la cual había establecido que únicamente el Congreso Nacional tenía la competencia para otorgar los aumentos a las pensiones mediante la Ley de Presupuesto. Así también, de ser procedente el incremento, la Corte debía establecer las condiciones y la eventual implementación de un nuevo mecanismo de ajuste.

De esta manera, la Corte Suprema señaló que:

(...) la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad (...). Se sigue de ello que la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del art. 14 bis de la Constitución Nacional. (...) Que la movilidad de que se trata no es un reajuste por inflación, como pretende el actor, sino que es una previsión con profundo contenido social referente a la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria, para la cual es menester que su cuantía, que puede ser establecida de modo diferente según las épocas, mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores. (Considerandos 13 y 14)

Es decir, la Corte interpretó que la norma contenida en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución de la Nación Argentina⁴³ lo que hacía era establecer un mandato al

⁴³ “El Estado otorgara los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

legislador para que éste reglamente, conforme con el precepto constitucional, los criterios que estime adecuados a la realidad para el reajuste de las pensiones; siendo necesario además que, frente a los cambios en las condiciones y circunstancias que alteren el mecanismo legal, el cumplimiento de la garantía constitucional señalada incluya la actuación de los demás poderes públicos, los cuales deberán hacer prevalecer el espíritu de dicho precepto constitucional.

Esta decisión resulta mucho más interesante si tomamos en cuenta que, si bien la Corte Suprema se auto-restringió y señaló ser respetuosa de las competencias que le asigna la Constitución, resolvió que se comunique el contenido de la sentencia al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación a fin de que en un plazo razonable adopten las medidas necesarias para solucionar la situación, bajo el entendido que los ajustes pensionarios y las condiciones económicas del país debían ser evaluados cuidadosamente, debido al impacto que podían generar en la gestión del gasto público y las políticas que giran en torno a ella.

Que la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema y dar acabado cumplimiento a las disposiciones del art. 14 bis de la Constitución Nacional. Todo ello sin perjuicio del ejercicio a posteriori del control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal (...). (Considerando 18)

Bien podríamos decir que siendo un fallo mesurado, en el sentido que no entró a sustituir al poder legislativo o al poder ejecutivo por su inacción, el caso “Badaro” se configuró en una **situación detonador** de carácter reactivo, es decir, se configuró en ese primer momento necesario para llamar la atención de las autoridades gubernamentales que conlleve a la estructuración y el diseño de una política pública de ajustes pensionarios acorde con el mandato constitucional, de tal forma que se corrija el desequilibrio y la situación de inestabilidad institucional o de conmoción social que venía generando la política existente.

Cabe señalar que a este caso se sumó posteriormente el caso “Badaro II”⁴⁴, en cuya decisión la Corte Suprema señalará que:

(...) contribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional. Una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial (...), por lo que se formula una nueva exhortación a las autoridades responsables a fin de que examinen esta problemática. (Considerando 24)

Como podrá verse, ambos casos forzaron a que el Estado argentino tome en serio la adopción, el diseño y la implementación de una política de ajustes pensionarios, de conformidad con las normas y los principios constitucionales; tan es así que en octubre de 2008 el Congreso de la Nación aprobó la Ley 26.417 - Ley de Movilidad Jubilatoria, de tal forma que el poder ejecutivo ya no podía otorgar aumentos pensionarios de manera arbitraria o hacer un uso electoral de los mismos, sino sólo dentro del marco legal y constitucional, y en beneficio de todos los jubilados.

Como resultado de esto, podemos ver que la Corte Suprema implementó un modelo de intervención judicial respetuosa de las instancias de decisión de políticas públicas, que para el caso de los derechos sociales consistía en la verificación de la vulneración de los mínimos necesarios y el control de la razonabilidad y efectividad de las políticas existentes, sin que ello signifique el reemplazo de las autoridades en la fijación de tales políticas:

Se limitan a declarar la violación y fijan a veces un marco jurídico mínimo que debe ser respetado, pero reenvían la cuestión a las autoridades políticas, el gobierno o el Congreso, para que procedan a definir nuevas acciones acordes con esos estándares básicos. Este tipo de casos colectivos con remedios abiertos o sistemas de reenvío al poder político no implica resignar facultades judiciales, pues los jueces se reservan el control y la supervisión del cumplimiento e instalan un tema en la agenda de los decisores. Pero otorgan a la política democrática un espacio mayor para elegir las soluciones ponderando el impacto de esas decisiones sobre todo el sistema y

⁴⁴ Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajustes varios, CSJN, 26/11/07.

considerando la complejidad de intereses múltiples que se ponen en juego. (Abramovic y Pautassi 2008: 276)

3.2 La política pública en materia de salud.

Una actuación semejante se dio en algunas decisiones relativas al derecho a la salud para la fijación de contenidos mínimos y la inclusión de prestaciones o medicamentos no regulados por las políticas públicas, en los programas médicos que el propio Estado estaba obligado por ley a cumplir. En todos estos casos, la Corte Suprema tuvo la virtualidad de valorar los posibles efectos económicos y presupuestales que sus decisiones podrían ocasionar en el sistema de salud, debido a falta de planificación gubernamental previa.

Una decisión paradigmática en esta materia fue el caso "Mendoza"⁴⁵, con la cual la Corte Suprema estableció la obligación del gobierno argentino de desarrollar un plan integrado basado en el principio de progresividad, para cumplir con la protección del ambiente, por su incidencia directa en el derecho a la salud. Si bien se otorgó a las autoridades un margen de discrecionalidad en la elección de las políticas públicas que debían implementarse para corregir las situaciones de violación de los derechos examinados, la Corte Suprema no dejó de pronunciarse sobre algunos aspectos de carácter mínimo, como la fijación de un procedimiento de participación efectiva de la población para la discusión de las políticas estatales, abriendo así un mecanismo de supervisión y seguimiento por parte de la sociedad civil.

Esto resulta sumamente interesante si tomamos en cuenta que la sociedad civil es reconocida como un actor relevante en el proceso de formulación de políticas públicas; sin embargo, muchos Estados adolecen de mecanismos efectivos para garantizar dicha participación, por lo que el caso "Mendoza" en el contexto argentino permitió que la Corte Suprema no sólo entrara a controlar la política para el manejo ambiental de la Cuenca Hídrica Matanza - Riachuelo, sino que se encaminó a restablecer el papel y la importancia de la sociedad civil en la legitimación de las políticas estatales.

El caso se inicia con la demanda presentada por un grupo de personas que ejerciendo derechos propios y la representación de sus hijos menores exigían al Estado Nacional, a

⁴⁵ Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), CSJN, 20/06/06.

la Provincia de Buenos Aires, al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a cuarenta y cuatro empresas, la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo.

Básicamente los recurrentes imputaban responsabilidad a los diferentes niveles de gobierno por no establecer una política de control y sanción respecto a la contaminación que venían generando las empresas demandadas por el arrojado de residuos peligrosos al río, por no contar con plantas de tratamiento, por no adoptar nuevas tecnologías y por no minimizar los riesgos de su actividad industrial.

Los demandantes basaron su petición en el artículo 41° de la Constitución Nacional, que a la letra dice: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley".

La Corte Suprema observó que su competencia para intervenir y resolver dicha causa radicaba en el incumplimiento del Estado de asumir su responsabilidad en la preservación y protección ambiental, contribuyendo de esta manera, por acción y omisión, a la contaminación industrial de la Cuenca Matanza - Riachuelo, lo cual - señaló en su fallo- reviste un manifiesto carácter federal toda vez que se encuentra afectado un recurso ambiental interjurisdiccional.

Habiendo encontrando responsabilidad estatal, la Corte Suprema resolvió ordenando al Estado la presentación de un Plan Integral de Saneamiento Ambiental en un plazo de treinta días, que determine los contenidos mínimos de dicho plan, los cuales prácticamente se orientaban al diseño de toda una política pública que debía comprender los siguientes aspectos: 1. Un ordenamiento ambiental del territorio, 2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, 3. Un estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, 4. Un programa de educación ambiental dirigido a los ciudadanos, y 5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial afectada.

A raíz de dicha sentencia, los diferentes niveles de gobierno y las empresas involucradas en el caso suscribieron un acuerdo interjurisdiccional que motivó que el Poder

Legislativo Nacional promulgase el 04 de diciembre de 2006 la Ley N° 26.168 que creó la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo como ente de derecho público interjurisdiccional que tendría las facultades de regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca, pudiendo intervenir administrativamente en materia de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales.

Además de esto, el 08 de julio de 2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una nueva sentencia en la causa Matanza - Riachuelo⁴⁶ decidiendo continuar el trámite del proceso visto en el año 2006 respecto a dos temas pendientes: la responsabilidad patrimonial del daño ambiental colectivo ocasionado, y los actos respecto a la prevención y recomposición ambiental de la zona afectada.

En esta nueva sentencia la Corte Suprema condenó al Estado argentino, a través de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, a cumplir con un programa obligatorio para la recomposición ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo, el cual debía comprender las siguientes cuestiones: 1. Un sistema para medir el cumplimiento de los objetivos que mejoren la calidad de vida, recomponer el ambiente y prevenir daños futuros, 2. La generación de información pública sobre la calidad del agua y el aire, los planes de obras, ubicación de industrias, cronogramas y presupuestos, y 3. Un programa de control de la contaminación industrial.

Para darle obligatoriedad a su decisión, la Corte Suprema dispuso que en caso de retraso en el cumplimiento de las medidas impuestas, se aplicaría una multa al presidente de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, encargándose al Juzgado Federal de Primera Instancia la tarea de hacer cumplir la sentencia y decidir sobre las multas; y encargándose el control del cumplimiento de la sentencia al Defensor del Pueblo por su independencia y autonomía funcional, habilitándose la participación ciudadana para complementar dicho control.

Este caso resulta sumamente importante en cuanto la profunda incidencia que tuvieron las sentencias de la Corte Suprema en la estructuración de una política pública en

⁴⁶ Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), CSJN, 08/07/08.

materia ambiental que benefició a un determinado sector de la población, sin que por ello el control constitucional haya significado la sustitución de las competencias de las autoridades políticas para fijar, dentro de sus márgenes de discrecionalidad, los planes y programas coherentes con el marco constitucional; y en ese sentido, la intervención de la jurisdicción constitucional constituyó un marco de orientación para coadyuvar a la razonabilidad y coherencia de las acciones públicas a adoptar en dicha materia.

De esta manera, debe entenderse que para el sistema judicial argentino la complejidad de los ajustes en las políticas públicas en concordancia con el marco constitucional, no sólo requiere de interpretaciones jurisprudenciales, sino también de mejoras en los mecanismos de coordinación y articulación entre los diferentes niveles de gobierno y de acuerdos políticos expresados en reformas legales e institucionales, pues como pudimos observar en los casos “Badaro” y “Mendoza”, la Corte Suprema no dejó de lado la importancia de los órganos de representación del sistema democrático para el establecimiento de reglas estables, eficaces y coherentes.

Ello no significa desconocer que en ambos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina desempeñó un rol relevante y protagónico en el proceso de formulación de políticas públicas, valga decir, en la redefinición de los aspectos centrales de las políticas adoptadas por el Estado, con enfoques claramente distintos a los objetivos inicialmente establecidos por el gobierno.

SUB CAPÍTULO 2: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA EXPERIENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.



Para el desarrollo de esta segunda parte hemos identificado algunas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano en las que éste ha tenido una incidencia directa en los procesos de elaboración de políticas públicas que afectan los derechos fundamentales, evaluando para esto el sustento constitucional de la intervención y los efectos generados en los demás poderes públicos y en la sociedad.

Asimismo, valiéndonos del marco teórico que hemos establecido en el Capítulo I de la presente investigación, a través del cual hemos pretendido mantener una fuerte línea de conexión entre el Estado Constitucional y el proceso de elaboración de las políticas públicas, el análisis de la jurisprudencia que presentaremos a continuación nos permitirá aterrizar en la práctica nacional para identificar las normas constitucionales que han servido de sustento para la intervención de la jurisdicción constitucional, las debilidades o fortalezas políticas e institucionales que han marcado de manera crucial la estructuración de ciertas políticas públicas, y el tipo de incidencia que ha tenido la sentencia del Tribunal Constitucional peruano en las mismas, ya que no en todos los casos hablaremos propiamente del control que éste puede ejercer sobre las políticas públicas, sino más bien de su papel como impulsor de nuevas políticas.

Respecto al primer punto (tipo de normas constitucionales), trataremos de convalidar fácticamente la conexión funcional que existe entre un determinado tipo de norma constitucional con las acciones concretas adoptadas por el Estado en el ámbito de una política pública, para efectivizar en la mayor medida posible los derechos fundamentales, y si esto es verificable principalmente en el caso de los principios como mandatos de optimización (directrices), en la medida que sus condiciones de aplicación son abiertas y pueden ser cumplidos en diferentes grados, y dependiendo de las posibilidades reales y jurídicas que dejan un amplio margen de discreción al Estado para su cumplimiento.

Sobre el segundo punto (factores políticos e institucionales), el análisis está orientado a la evaluación de la argumentación constitucional respecto a los escenarios y al papel de los actores tradicionales en la política pública, que también puede ser valorada en forma complementaria con la anatomía del proceso de elaboración de las políticas públicas en el Perú, análisis contextual que influye en la intervención final de la jurisdicción constitucional.

Finalmente, el tercer punto estará orientado a establecer el tipo de incidencia que ha tenido la sentencia del Tribunal Constitucional peruano en la política pública, tomando en consideración las fases de estructuración de las políticas públicas, a efectos de verificar si la sentencia incidió en la creación de una nueva política pública, en la inclusión de más actores en una política ya existente, en su eliminación, o en la reformulación de sus reglas o de algún programa que lo conforma.

Cabe señalar que, la evaluación sobre los fundamentos constitucionales que el Tribunal Constitucional peruano haya empleado en estas resoluciones para resolver las controversias relacionadas con la omisión o ineficiencia de las políticas públicas que afectan los derechos fundamentales, tiene una importante implicancia práctica. Si los argumentos que emplea el supremo intérprete no son lo suficientemente sólidos para legitimar su intervención, daría pie a serios cuestionamientos respecto a su capacidad, como institución estrictamente jurídica, para decidir sobre cuestiones controvertidas reservadas al ámbito de la política nacional. Caso contrario, la solidez de sus fundamentos y los efectos que sus sentencias pudiesen haber generado en el ámbito público y social, permitirá la construcción de una base argumentativa que en cierta medida lo legitime como un actor relevante en los procesos de elaboración de las políticas públicas.

No damos por sentado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que será analizada en esta segunda parte, convalidará en todos los casos los aspectos teóricos de nuestra investigación, dado que no descartamos la posibilidad de encontrar algunos excesos en la labor de los jueces que sobrepasen la razonabilidad que exige el Estado Constitucional, siendo por ello una de las tareas principales de este sub capítulo identificar en detalle los aspectos tomados en cuenta por el juzgador durante el análisis del caso controvertido, que tengan relación con la omisión o idoneidad de alguna política pública. Esto podría llevarnos a plantear algunas recomendaciones para el futuro, quizás tomando como referente la experiencia comparada de otras cortes o tribunales constitucionales, y aportando -sin caer en extralimitaciones- mayores argumentos jurídicos respecto al enfoque de derechos en las políticas públicas.

1. UN CASO EN EL QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INCIDIÓ EN LA REFORMULACIÓN DE UNA POLÍTICA PÚBLICA: LA POLÍTICA DE SALUD CONCERNIENTE A LA PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN CONTRA EL SIDA (EXP. N° 2945-2003-AA/TC).

En esta resolución el Tribunal Constitucional peruano desarrollará algunos aspectos relevantes sobre el carácter progresivo de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC), la posibilidad de su exigencia judicial y la ejecución presupuestal de las políticas públicas.

1.1 Estado de la cuestión.

Dentro del marco de los artículos 7° y 9° de la Constitución Política del Estado, que establecen el derecho de todos a la protección de la salud y la responsabilidad del Estado de determinar la política nacional de salud, así como normar y supervisar su aplicación, el Congreso de la República promulgó la norma de desarrollo constitucional de dichos preceptos a través de la Ley N° 26626⁴⁷, la cual encargó al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual.

El artículo 7° de la Ley N° 26626 estableció como uno de los principios que rigen este Plan Nacional de Lucha el derecho de toda persona con VIH/SIDA a recibir atención integral y a la prestación previsional que el caso requiera. Esto quiere decir que la persona con VIH/SIDA tiene derecho a la provisión continua de la totalidad de requerimientos médicos (exámenes, medicinas, etc.) para superar las consecuencias de la enfermedad.

Sin embargo, según lo dispuesto en el artículo 10° del Decreto Supremo N.° 004-97-SA⁴⁸, Reglamento de la Ley N° 26626, se estableció que el Estado únicamente tenía obligación de prestar atención sanitaria y facilitar medicamentos en forma gratuita a las madres gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada.

⁴⁷ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de junio de 1996.

⁴⁸ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18 de junio de 1997.

Posteriormente, la Ley N° 28243⁴⁹ modificó la Ley N° 26626, estableciendo que la atención integral de salud es continua y permanente, indicando que la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema.

Como una de las primeras acciones adoptadas por el Ministerio de Salud para cumplir con el derecho a la atención integral de las personas con VIH/SIDA, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 28243, este Sector inició una campaña de tratamiento gratuito de terapia antirretroviral para los pacientes de escasos recursos económicos. No obstante, tal como posteriormente llegó a comprobar el Tribunal Constitucional, faltaban acciones concretas por parte del Estado para la satisfacción de los derechos contemplados en el Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA, ya sea a través de acciones legislativas o de la ejecución de políticas, dado que la distribución gratuita de medicamentos a todo enfermo de SIDA por parte del Estado, a través del Ministerio de salud, no se venía cumpliendo.

1.2 Naturaleza del derecho protegido.

El derecho que busca salvaguardar el Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA es el derecho a la salud de un determinado grupo humano dentro de la población, que debido al padecimiento de una enfermedad de graves implicancias se convierte en un grupo vulnerable dentro de la sociedad.

Sin embargo, ¿qué tipo de norma constitucional contiene el derecho a la salud? Al respecto, los artículos 7° y 9° de la Constitución Política del Estado establecen que: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad” y “El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”.

⁴⁹ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de junio de 2004.

Corresponde preguntarnos si estamos frente a dos reglas jurídicas o frente a dos principios constitucionales que facultan a los ciudadanos a exigir al Estado planes o acciones concretas para el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales que dichas disposiciones contienen.

De primera podemos identificar que se tratan de normas regulativas, pues se enfatiza en el contenido sustantivo al regular el ejercicio de determinadas competencias estatales para alcanzar el máximo de protección del derecho a la salud de los ciudadanos. Asimismo, podemos ver que ninguno de estos preceptos constitucionales tiene la estructura jurídica de regla, pues no contienen mandatos definitivos que puedan “cumplirse” o “incumplirse” de manera inmediata, tampoco podemos decir que sea posible alcanzar sus fines estableciendo un estado de cosas en forma plena (reglas de acción), incluso admitiendo que dichos preceptos dejan un amplio margen de discreción al Estado para la selección de los medios causalmente idóneos (reglas de fin).

Seguidamente, cuando las normas en cuestión establecen que todos tienen derecho a la protección de su salud y que el Estado determina la política nacional de salud dentro de ciertos parámetros, bien podría decirse que difícilmente el Estado, a través del Sector Salud, podría cumplir con tales fines haciendo simplemente aquello que dispone o que constituye el contenido de las condiciones de aplicación de dichos preceptos (principios en sentido estricto), pues entendemos que lograr que todos los ciudadanos a nivel nacional tengan acceso a la salud, no es un resultado que se obtenga en el corto plazo; inicialmente, implicaría una asignación presupuestal mayor a la que actualmente se destina para la elaboración de planes de acción, las cuales deberán priorizar y focalizar sus objetivos en aquellos sectores sin cobertura y con altos índices de pobreza, estos planes lógicamente abarcarían temas como el incremento de la contratación de personal médico, creación de mayor infraestructura en salud, entre otros. Como vemos, tales resultados necesariamente tendrían que obtenerse de manera gradual.

En efecto, el incremento de la cobertura en salud no se logra a través de una simple y única acción del Estado, sino que requiere de diversas acciones planificadas y articuladas que involucren no sólo uno sino varios entes estatales, así como coordinaciones con el sector privado y la sociedad civil, todo ello orientado a determinadas metas que resuelvan en forma gradual la falta de cobertura en salud en diversas partes del país.

En ese sentido, en lo que se refiere a los artículo 7° y 9° de la Constitución Política del Estado, estaríamos frente a principios en sentido de directrices, o mandatos de optimización según la teoría de Alexy, pues vemos que tales normas pueden cumplirse en diverso grado, en tanto dejan un margen de discreción para su cumplimiento por parte de los poderes públicos, a través de la articulación de políticas orientadas a lograr en la mayor medida de lo posible los objetivos trazados por el precepto constitucional.

No obstante, debemos tener presente que estos márgenes de discreción no son ilimitados, pues incluso la norma podría establecer parámetros para el ejercicio de tales potestades, como ciertamente lo hace el artículo 9° al señalar que la política nacional de salud deberá ser conducida en “forma plural y descentralizadora”.

Pero además, el ejercicio de estos márgenes de discreción deberá conjugarse con otros principios constitucionales y con los derechos fundamentales. Esto quiere decir que en el proceso de selección de los medios a emplear para el cumplimiento de los fines que establecen las directrices, el Estado deberá llevar a cabo tareas de priorización de los fines constitucionales, pues no sólo está obligado a lograr un estado de cosas en el mayor grado posible, sino también, en hacerlo sin vulnerar otros derechos fundamentales.

En efecto, tal como dejamos establecido en nuestro marco teórico respecto a los tipos de normas constitucionales que constituyen mandatos de optimización a los poderes públicos, las directrices no pueden considerarse simples normas programáticas si imponen a sus destinatarios una exigencia de razonabilidad respecto de los medios empleados para la realización de los fines establecidos en el precepto constitucional, estos límites -como dijimos- se encuentran dados por la Constitución normativa, es decir, por otros fines constitucionales igualmente relevantes para la sociedad y la democracia.

Permítasenos ahondar aún más, porque posiblemente éste sea un tema con el que nos encontremos frecuentemente durante la revisión de otras sentencias, siendo necesario reiterar aquí algunos aspectos ya abordados. Tenemos claro que los artículos 7° y 9° de la Constitución Política del Estado tienen la estructura de directrices, pues establecen el deber del Estado de lograr un fin determinado en la medida de lo posible, es decir, que todos tengan el derecho a la protección de su salud y el acceso equitativo a los servicios

de salud. Sin embargo, la Constitución no ha establecido cuáles son las acciones concretas que el Estado deberá adoptar para cumplir con dichos fines, por lo que tácitamente debemos entender que la Constitución ha querido dejar a discreción del Estado la selección de los medios a utilizar.

Ahora bien, ¿qué sucedería si dichos medios no son causalmente idóneos para lograr los fines establecidos en el precepto constitucional, o si estos fines se logran perjudicando otros principios constitucionalmente relevantes u otros derechos fundamentales? Para nosotros la progresividad en el cumplimiento de los mandatos de optimización y la ejecución presupuestal que llevan detrás, no pueden entenderse como sinónimos de “irrestricto” y “sin control”, por lo que los supuestos señalados hacen totalmente razonable y legítimo el control constitucional.

Al respecto, es oportuno recordar que el artículo 25° de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, entendía lo contrario, pues establecía que no daban lugar a un proceso de amparo aquellos derechos establecidos en disposiciones constitucionales que significasen nuevos y mayores gastos públicos, pues éstos, de conformidad con la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, se aplicaban progresivamente. Afortunadamente esta ley y tal disposición quedaron derogadas con la entrada en vigencia de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.

1.3 Análisis del Tribunal Constitucional.

Si bien el proceso constitucional empleado para resolver el caso en cuestión fue uno de tutela de derechos, dirigido a obtener que el demandante, en su condición de paciente con VIH/SIDA, reciba atención médica integral por parte del Estado mediante la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento de dicha enfermedad, el Tribunal Constitucional aprovechó el presente caso para delimitar algunos aspectos doctrinales respecto a la exigibilidad de los derechos económicos y sociales, el principio de solidaridad, el derecho a la salud y su conexión con el derecho a la vida, y algunas situaciones en las que resulta factible el análisis de la actuación del Estado para el cumplimiento de los derechos sociales.

Cabe precisar que esta sentencia fue dictada cuando aún se encontraba en vigencia la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo. Asimismo, es posible advertir de la lectura de dicha resolución que el Tribunal Constitucional empleó una definición

restrictiva de los derechos fundamentales, al considerar que éstos eran únicamente los establecidos en el artículo 2° de la Constitución, y en ese sentido, el derecho a la salud no calificaba como tal, sino como un derecho económico y social, salvo que su vulneración comprometiese otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, casos en los que el derecho a la salud adquiriría el carácter de derecho fundamental por su conexión con otros derechos, mereciendo protección vía proceso de amparo.

Sin ánimos de ahondar más de lo necesario en la última acotación, consideramos necesario hacer algunos comentarios al respecto. Según lo señalado por el Tribunal Constitucional en esta sentencia, para la exigibilidad de los derechos económicos y sociales regiría la regla de la conexidad, pues de esta forma podían ser considerados derechos fundamentales, y por ende, exigibles. Como se puede apreciar, para ese entonces el supremo intérprete olvidaba que los derechos fundamentales no se definen por su ubicación dentro de la Constitución, sino por su “esencialidad” al estar ligados a la dignidad de la persona humana y a su desarrollo dentro de la sociedad, características de las que también gozan los derechos sociales.

No obstante, el Tribunal Constitucional establecerá que los derechos económicos y sociales, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, la salud pública, la vivienda digna, la educación y los demás servicios públicos, conforman aquellas condiciones materiales mínimas o el “mínimo vital” para garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social. Estos derechos mínimos permiten neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre, logrando su plena autodeterminación; no obstante, la accesibilidad a estos derechos sólo puede lograrse a través de la intervención del Estado y la sociedad.

Es preciso acotar que cuando identificamos la necesidad de garantizar mínimos vitales para el logro de los fines sociales trazados en el precepto constitucional, resulta más palpable el hecho de que nos encontremos frente a directrices y no frente a reglas de acción, dado que existe la posibilidad de que el Estado gradúe el cumplimiento de tales fines, según sus posibilidades fácticas y jurídicas.

Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional se refiere a la exigibilidad de los derechos económicos y sociales, precisará que no en todos los casos éstos son por sí

mismos jurídicamente sancionables, pues es necesario el soporte presupuestal para su ejecución; aunque tampoco por ello se refiere a estos derechos como meras normas programáticas de eficacia mediata, pues sin una mínima satisfacción de los mismos no podría darse el goce de los derechos de libertad.

En todo caso, el supremo intérprete de la Constitución dejó en claro que los derechos sociales no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos al no contener prestaciones específicas y depender de la existencia de fondos públicos para su cumplimiento: “En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales” (Fundamento 33).

Al respecto, consideramos que si bien la justicia constitucional no puede exigir al Estado el cumplimiento pleno de los derechos sociales por depender éstos de la suficiencia de recursos económicos, sí puede controlar -además de los aspectos propios relacionados con el caso concreto- que los recursos disponibles hayan sido asignados priorizando determinadas sectores de la población en relación con los derechos fundamentales comprometidos y el grado de afectación de los mismos, por lo que -insistimos- la progresividad no da cabida a la arbitrariedad o a la falta de control de los medios seleccionados por el Estado para el cumplimiento de los mandatos de optimización que contiene la Constitución: “(...) aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad (...), ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia (...)” (Fundamento 34).

Asimismo, esta sentencia también desechará la tradicional vinculación entre la progresividad de los derechos sociales con el carácter indeterminado de la disposición constitucional, la cual suele servir como justificación de la inacción del Estado; de esta manera, el Tribunal Constitucional establecerá como otro elemento de control constitucional en el ámbito de los derechos sociales, la existencia de plazos razonables

para la implementación de políticas públicas, de tal forma que no se prive de contenido al derecho y a las obligaciones estatales.

A pesar que el Tribunal Constitucional negó que como jueces constitucionales puedan cuestionar la política de salud diseñada e implementada por el Estado peruano, en la práctica -a nuestro entender- hizo justamente ello, al revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales para la vigencia efectiva de la Constitución, superando la visión programática de los derechos económicos y sociales, y reconociendo la existencia de obligaciones por parte del Estado para el logro pleno de tales derechos. Esto se concretiza en la imposición de metas cuantificables dentro de plazos razonables, y en la adecuada asignación de recursos en orden a la priorización de situaciones según los derechos comprometidos y la gravedad de la afectación.

A través de esta resolución se daba cabida a la posibilidad de controlar las políticas públicas diseñadas por el Estado para el cumplimiento de los derechos sociales, los cuales suelen estar contenidos en directrices o mandatos de optimización. Incluso, a pesar de tratarse de una figura jurídica que no se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento constitucional, el Tribunal Constitucional deslizó la posibilidad de que se configure la *inconstitucionalidad por omisión* cuando nos encontramos frente a la falta de acciones legislativas o de ejecución de políticas por parte del Estado para el logro de los derechos sociales: “(...) los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada (...) ya que ello devendría en una omisión constitucional” (Fundamento 49).

1.4 Tipo de incidencia en el ámbito de la política pública.

Ahora bien, tomando como marco de referencia el proceso de elaboración de una política pública, corresponde preguntarnos si en el caso analizado existía una política pública diseñada por el Estado peruano para garantizar el derecho de toda persona con VIH/SIDA a recibir atención integral y a la prestación previsional que estas personas requerían.

Se podría decir que el Estado peruano a través de la Ley N° 26626⁵⁰ introdujo en la agenda política la problemática del incremento de la población infectada con VIH/SIDA en el país, y con ello, la necesidad de contar con un Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA como un gasto prioritario en materia de salud; pero además, a través de dicha norma se plantean algunos parámetros para la selección de las acciones que le permitirán al Estado afrontar dicha problemática, por lo que, según la “secuencia de una política pública” de Joan Subirats, Peter Knoepfel, Corinne Larrue y Frédéric Varone, podríamos decir que nos encontrábamos frente a la 2 Fase de la política pública (inclusión en la agenda).

Incluso posteriormente, a través de la Ley N° 28243⁵¹, dicha política pública llegó a sufrir una modificación en cuanto a sus objetivos, para que ésta sea focalizada prioritariamente en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema, a efectos que se les garantice progresivamente la gratuidad en el tratamiento antirretroviral.

La cuestión era que, si bien el legislador peruano había impuesto tales tareas al poder ejecutivo, éstas aún estaban en papel, pues para la formulación de la política pública y su implementación, por lo menos en lo que se refería al acceso gratuito del tratamiento antirretroviral, aún faltaban acciones concretas por parte del Estado o el inicio de los “procesos decisionales de implementación” como dirían Juan Carlos Cortazar y Michael Barzelay, tales como la provisión presupuestal necesaria al sector salud y la habilitación del programa en los centros médicos públicos.

Esta situación nos permite evidenciar con mayor claridad que una política pública no puede consistir y agotarse únicamente en la expedición de normas que dispongan su creación e implementación, sino que -como dijésemos anteriormente- se trata de un proceso decisional complejo compuesto de diversas etapas, en el cual pueden intervenir diversos actores, públicos como privados.

¿En qué etapa de la política pública tuvo intervención la sentencia del Tribunal Constitucional? Recordemos que el Tribunal recomendó al Ministerio de Salud la ejecución de políticas, es decir, acciones concretas para la satisfacción del derecho de las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema de acceder

⁵⁰ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de junio de 1996.

⁵¹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 01 de junio de 2004.

gratuitamente al tratamiento antirretroviral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 26626, modificada por la Ley N° 28243. Asimismo, que el Estado debía considerar como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA, en cumplimiento del artículo 8° de la Ley N° 26626.

En ese sentido, consideramos que la incidencia que tuvo la sentencia del Tribunal Constitucional en la mencionada política pública consistió básicamente en coadyuvar a que el poder ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, pasara a la 3 Fase de la política pública (formulación y decisión del programa de la política), de tal forma que se concreticen las soluciones aceptadas (gratuidad bajo determinadas circunstancias), los medios disponibles (presupuesto existente) y los instrumentos de acción (programas y operadores).

Existe otro elemento que, si bien se encuentra en la parte considerativa de la sentencia, constituye otra recomendación que efectúa el Tribunal Constitucional al Estado peruano concerniente a la política de salud para la prevención y protección contra el SIDA, y es el referido a los derechos de propiedad intelectual en el desarrollo de nuevas medicinas y la protección de la salud pública.

Al respecto, el Tribunal Constitucional plantea que debido a las dificultades para la provisión de medicinas esenciales para el tratamiento de enfermedades como el VIH/SIDA, es recomendable que el Estado peruano emplee el máximo de provisiones y medidas que le permitan el cumplimiento de sus objetivos trazados en la política de salud. Entre estas medidas está el que se lleve a cabo una interpretación flexible del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de conformidad con las excepciones establecidas y reconocidas formalmente en diversos documentos internacionales en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), tales como la Declaración Ministerial de DOHA (Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health), que establece que los acuerdos sobre protección de propiedad intelectual no significarán una obstrucción a los países miembros para tomar las medidas necesarias de protección de la salud pública.

1.5 Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Es preciso señalar que en los años siguientes a la expedición de la sentencia en cuestión, el Tribunal Constitucional va a reiterar sus consideraciones y su fallo en otras

resoluciones⁵². Asimismo, si bien hacia fines del año 2003 más de 7,000 personas requerían terapia antiretroviral y sólo una pequeña proporción recibía la misma, debido al elevado costo de los medicamentos y la ausencia de una política nacional que extendiese el tratamiento para las personas en situación de pobreza o extrema pobreza, o que no contaban con un seguro de salud; en los últimos años, la colaboración de organismos internacionales ha permitido que los países de bajos recursos económicos puedan implementar programas masivos de suministro de terapia antiretroviral.

De esta manera, en mayo de 2004 la Estrategia Sanitaria Nacional para la Prevención y Control de las ITS, VIH y SIDA del Ministerio de Salud del Perú con el apoyo del Fondo Global de las Naciones Unidas de lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y la Malaria, implementaron un programa nacional que brindaba de forma gratuita terapia antiretroviral de gran actividad a las personas, cuya regulación fue aprobada mediante Resolución Ministerial N° 124-2004/MINSA⁵³ “Norma Técnica para el Tratamiento Antiretroviral de Gran Actividad - TARGA en Adultos Infeccionados por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana”.

Este programa TARGA inició suministrando medicamentos en 03 hospitales de Lima, sin embargo, para el año 2006 se extendió a 17 hospitales, 03 ONGs, al penal de Lurigancho y a 13 hospitales de provincias, todos los cuales implementaron el programa, lo cual hizo que para noviembre del año 2006, casi 6,000 pacientes accedan al tratamiento antirretroviral en todo el Perú.

Asimismo, de conformidad con el Ministerio de Salud⁵⁴, para el año 2011 el acceso de la población infectada con el VIH al programa TARGA se amplió en un 37%, cubriendo en la actualidad 62 establecimientos referenciales del MINSA, 03 penales, 03 ONGs y 11 establecimientos de segundo nivel del MINSA. En el presente, más de 16 mil personas a nivel nacional se encuentran adscritas al tratamiento, de los cuales el 84% son atendidos por el Ministerio de Salud.

Finalmente, es importante destacar que en el año 2007 el Ministerio de Salud expidió el Decreto Supremo N° 005-2007-SA que aprobó el Plan Estratégico Multisectorial 2007-

⁵² Sentencias recaídas en los Expedientes N° 2016-2004-AA/TC y N° 1711-2005-PHC/TC.

⁵³ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 06 de febrero de 2004.

⁵⁴ <http://www.minsa.gob.pe/PortalVIH/internomenu.asp?Int=3&Opc=1>. Última visita: 08 de julio de 2012.

2011⁵⁵ para la Prevención y Control de las ITS y VIH/SIDA en el Perú, que buscó complementar el programa TARGA con acciones dirigidas a la educación y protección del adolescente y del niño para la prevención del VIH/SIDA, a través de la promoción de estilos de vida saludable y de educación sexual.

Este Plan exigía la participación de diversos sectores y de los diferentes niveles de gobierno en forma coordinada, dado que hasta antes del mismo la respuesta al VIH/SIDA en el Perú no fue articulada.

Quizás para muchas autoridades, más que nada políticas, resulte difícil reconocer la incidencia que tuvo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la política pública de salud concerniente a la prevención y protección contra el SIDA; sin embargo, lo que es imposible negar es que puso en agenda el debate respecto al derecho constitucional de las personas infectadas con VIH/SIDA en situación de pobreza o extrema pobreza, a que el Estado les garantice un tratamiento que les permita acceder mínimamente a los medicamentos necesarios.

Lo que siguió de allí para adelante en cuanto a las actuaciones del Estado en dicha materia, sólo nos demuestra que dicha problemática empezó a tomarse en serio, motivando a que incluso se discuta la implementación de coberturas máximas en prevención y atención, y de programas y proyectos relacionados al VIH/SIDA a nivel nacional con participación de todos los sectores involucrados, de la cooperación internacional y de los actores sociales.

En particular, en lo que se refiere a la política de salud el Tribunal Constitucional ha tenido una participación activa a través de su jurisprudencia, lo que en algunos casos ha culminado con la exhortación al poder público para que se efectúen ciertas agregaciones que completen el enfoque de derechos y el mandato constitucional, derivando ello -a nuestro entender- en una evaluación del diseño y los medios seleccionados para la implementación de las políticas públicas por parte del Estado.

Algo parecido sucedió con la política pública de aseguramiento universal en salud, debido a la existencia de enfermedades de alto costo que no estaban siendo incluidas en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud - PEAS, aprobada por Decreto Supremo N°

⁵⁵ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 03 de mayo de 2007.

016-2009-SA⁵⁶, pues la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, restringía el PEAS a un plan limitado de cobertura de las necesidades de salud de los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo.

En la Sentencia recaída en el Exp. N° 0033-2010-PI/TC que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas contra la Ley N° 29344, el Tribunal Constitucional luego de precisar algunos aspectos del principio de igualdad formal o igualdad de trato y el principio de igualdad sustantiva, evaluará la legitimidad de la política de aseguramiento universal en salud.

Esto es sumamente relevante por cuanto, además de reiterar que “el deber de progresividad” en la cobertura de salud es jurídicamente exigible según los términos de los Fundamentos 12 al 14 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 2945-2003-PA/TC, el Tribunal principalmente establecerá que:

(...) aun cuando las formas o medios empleados para avanzar en la cobertura de aseguramiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas competentes, ello no priva de la competencia de los Tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad: i) en primer lugar, verificando la existencia de planes concretos, debidamente estructurados, que se encuentren dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la cobertura de salud de los afiliados independientes de ESsalud; ii) en segundo lugar, controlando la realización de acciones concretas dirigidas a llevar dicho plan o programa al plano de realidad, puesto que una prolongación indefinida en la ejecución de dicha política afecta la eficacia del deber de progresividad ; iii) en tercer lugar, evaluando que dichos planes hayan sido diseñados respetando un enfoque de derechos fundamentales, esto es, que tomen en cuenta los niveles de protección mínimo de los derechos y la protección de poblaciones especialmente vulnerables; iv) en cuarto lugar, examinando la inclusión de indicadores de evaluación de los programas y la transparencia en la rendición de cuentas, de modo que pueda verificarse, como lo exige el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el Estado ha destinado “hasta el máximo de los recursos disponibles” para lograr progresivamente la satisfacción del derecho; y, finalmente, v) controlando si en la elaboración y seguimiento de dicha política se han brindado espacios de participación para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas.

⁵⁶ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de noviembre de 2009.

Por tanto, aun cuando las autoridades políticas gocen de un amplio margen de acción en la fijación de medios para la consecución de un nivel adecuado de disfrute del derecho de acceso a los servicios de salud, existen ciertos requerimientos mínimos que las autoridades deben cumplir y que es obligación de los jueces y tribunales controlar. En realidades socialmente desestructuradas como las nuestras, en donde la exclusión del goce de los derechos para un amplio sector de ésta se encuentra largamente asentada, es tarea de este Tribunal impulsar, corregir o encaminar el accionar de dichas autoridades, a fin de evitar graves estados de insatisfacción de necesidades básicas, que atenten directamente contra el principio de dignidad humana y el carácter normativo de la Constitución. (Fundamento 29)

La lectura de esta sentencia nos deja bastante claro que en la práctica no le es ajena al Tribunal Constitucional peruano la posibilidad de controlar una política pública, que en el caso particular de los derechos sociales se justifica bajo el deber de progresividad de los derechos sociales y el principio de dignidad humana.

Finalmente, si bien el Tribunal Constitucional declarará infundada la demanda de inconstitucionalidad, dictará una sentencia interpretativa respecto del artículo 21° de la Ley N° 29344, en el sentido que las enfermedades de alto costo de atención que no están incluidas en el PEAS son financiadas para la población bajo el régimen subsidiado y semicontributivo con el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL).

Asimismo, la sentencia dispondrá modificaciones a la política pública de aseguramiento universal en salud al ordenar que el Ministerio de Salud diseñe, en coordinación con EsSalud, un plan de contingencia progresivo que permita cubrir las enfermedades de alto costo de los afiliados independientes de EsSalud y establezca un plan de contingencia que permita cubrir las atenciones necesarias para preservar las capacidades esenciales de una buena salud o los riesgos contra la vida cuando dichas atenciones superen el límite máximo de prestaciones establecidas en el PEAS.

Otro caso en el que el Tribunal Constitucional exhortará al Estado en la reformulación de una política pública lo encontramos en la Sentencia recaída en los Exp. N° 0020-2005-PI/TC y N° 0021-2005-PI/TC (acumulados) que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, y las Ordenanzas Regionales N° 015-2004-CR-GRH y N° 027-2005-E-CR-GRH promulgadas por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, todas ellas

relacionadas con el reconocimiento de la hoja de coca como patrimonio cultural y la legalidad de su cultivo en las regiones de Cusco y Huánuco.

En esta sentencia veremos que el Tribunal Constitucional cuestionará en diversos aspectos el diseño de la política pública contra el tráfico ilícito de drogas y el cultivo de la hoja de coca por parte del Estado peruano, a efectos que éste reevalúe dicha política para hacerla más eficiente: “(...) el deber constitucional del Estado de combatir el tráfico ilícito de drogas (artículo 8° de la Constitución), no puede agotarse en el mero diseño de políticas, sino en la ejecución de políticas eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces (...) (Fundamento 138).

Si bien esta resolución declarará infundada la demanda de inconstitucionalidad, no sin antes abordar diferentes aspectos relacionados con la política nacional del Estado peruano contra el tráfico ilícito de drogas y para el control del cultivo de la hoja de coca según mandato constitucional establecido en el artículo 8° de la Constitución Política del Estado, nos interesa resaltar lo que resolverá el Tribunal Constitucional respecto al deber constitucional del Estado para diseñar una política eficiente contra el tráfico ilícito de drogas, ya que sobre este aspecto observará que las acciones adoptadas “no están alcanzando los resultados esperados, y no resulta plenamente afín con la realidad nacional y regional sobre la materia” (Fundamento 135).

Entre sus fundamentos, el Tribunal Constitucional sostendrá que el establecimiento de una medida monopólica como es la existencia de la Empresa Nacional de la Coca - ENACO S.A., creada en el año de 1949 como la única empresa peruana autorizada para la comercialización de la hoja de coca y sus derivados, no es idónea para alcanzar la formalización y el control de la comercialización de la hoja de coca; esto se agrava aún más si tomamos en cuenta que hasta ese momento el Estado, a través de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas - DEVIDA, Organismo Público Descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros encargado de diseñar y conducir la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas, no había cumplido con implementar programas de desarrollo alternativo e incorporar a los cocaleros a las políticas agrarias alternativas, en el marco del desarrollo agrario y de la lucha contra el narcotráfico establecidos en los artículos 8° y 88° de la Constitución Política del Estado.

Asimismo, dicho Tribunal observará el hecho que el Estado haya concentrado su política de lucha contra el tráfico ilícito de drogas en la erradicación parcial de una de las materias primas de la pasta básica y la cocaína, como es la hoja de coca, y no en el tráfico informal o ilícito de los productos químicos que permiten producir drogas; es decir, la política sólo estaba concentrada en uno de los estadios de la producción.

Incluso, el Tribunal señalará que errores como éste relacionados con el diseño de la política pública que afectan derechos fundamentales, como la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú (artículo 2º, inciso 19, de la Constitución Política del Estado), podían deberse a inexactitudes conceptuales al momento de delimitar el problema, pues en diversos documentos oficiales de los Estados Unidos de América, contraparte peruana en convenios bilaterales para el combate contra el tráfico ilícito de drogas, se sostiene que “La cocaína es el más potente estimulante de origen natural. Es extraído de las hojas de la planta de la hoja de coca (...) (Fundamento 142), cuando la cocaína ni es de origen natural ni se extrae de la hoja de coca, sino que es un insumo básico.

Sobre la base de tales argumentos, el Tribunal Constitucional considerará que es un deber del Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, de conformidad con el artículo 8º de la Constitución Política del Estado, rediseñar la política del Estado contra el tráfico ilícito de drogas, enfocando el esfuerzo en todos los estadios de la producción, particularmente en aquellos descuidados a la fecha y que se encuentran relacionados fundamentalmente con la demanda, y no sólo con la oferta, y con pleno respeto de los derechos fundamentales, en especial, aquellos de contenido cultural; así como, evitar que ciertas imprecisiones conceptuales sean motivo de errores y de medidas inconstitucionales.

Por otro lado, habiéndose apersonado la Defensoría del Pueblo en este proceso en calidad de *amicus curiae*, dicha institución señalará que es importante que el Estado cumpla con su deber de armonizar las políticas públicas de lucha contra las drogas y el cultivo de la hoja de coca, con el desarrollo y el derecho a la identidad cultural.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional exhortará al Presidente de la República a reevaluar la política nacional e internacional antinarcóticos, de conformidad con el artículo 118º, incisos 3 y 11, de la Constitución Política del Estado, a efectos que ésta

sea más eficiente y acorde al derecho y la realidad nacional; y exhortará al Congreso de la República para que, en aplicación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, establezca un régimen de licencias para la comercialización de la hoja de coca y sus derivados, manteniendo una entidad con eficaces funciones de control.

2. UN CASO EN EL QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INCIDIÓ EN LA FORMULACIÓN DE UNA NUEVA POLÍTICA PÚBLICA: LA POLÍTICA PARA IMPLEMENTAR UN SISTEMA DE EMERGENCIA QUE PROTEJA, RECUPERE Y REHABILITE LA SALUD DE LA POBLACIÓN CONTAMINADA CON PLOMO EN LA SANGRE EN LA OROYA (EXP. N° 2002-2006-PC/TC).

En esta sentencia el Tribunal Constitucional peruano se referirá a la eficacia de los derechos sociales, tal como el derecho a la salud, en la que -contrariamente a lo que había señalado en la Sentencia recaída en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC- afirmará en forma categórica la condición de derechos fundamentales de los mismos. Así también, en esta sentencia el Tribunal determinará el contenido constitucionalmente protegido del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, y la protección indirecta del derecho a la salud mediante el proceso de cumplimiento.

2.1 Estado de la cuestión.

En virtud de los artículos 2°, inciso 22, y 67° de la Constitución, que establecen el derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, así como el deber del Estado de determinar la política nacional del ambiente y promover el uso sostenible de los recursos naturales, se expidió la Ley 26842, Ley General de Salud⁵⁷, la cual estableció en sus artículos 103°, 105° y 106° la responsabilidad del Estado, a través de la autoridad de salud, de establecer los estándares para preservar la salud de las personas, siendo además competente de dictar las medidas necesarias para minimizar y controlar los riesgos a la salud que se deriven de determinadas circunstancias ambientales. Pero más importante aún, dichas disposiciones establecieron que cuando la contaminación del ambiente signifique riesgo o daño a la salud de las personas, la autoridad de salud deberá dictar las medidas de

⁵⁷ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de julio de 1997.

prevención y control indispensables para que cesen los actos o hechos que ocasionan dichos riesgos y daños.

Asimismo, mediante el Decreto Supremo 074-2001-PCM⁵⁸ se aprueba el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, el cual estableció en su artículo 11° el deber del Estado de efectuar los diagnósticos de línea de base, a través del Ministerio de Salud en coordinación con otras entidades públicas sectoriales, regionales y locales así como las entidades privadas correspondientes, con el objeto de evaluar de manera integral la calidad del aire en una zona y sus impactos sobre la salud y el ambiente, cuyos resultados servirán para la toma de decisiones y la elaboración de planes de acción y de manejo de la calidad del aire.

Así también, la Ley 27657⁵⁹, Ley del Ministerio de Salud, estableció en su artículo 2° la condición de ente rector del Ministerio de Salud para conducir, regular y promover la intervención del Sistema Nacional de Salud, con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana, a través de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de su salud y del desarrollo de un entorno saludable, con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta su muerte natural.

Estando vigentes dichas normas, en el año 1997 la empresa norteamericana Doe Run Company adquirió el Complejo Metalúrgico de La Oroya, en la provincia de Yauli, departamento de Junín, siendo antes de Centromín Perú S.A., la cual empezó a desarrollar sus actividades mineras en dicha zona geográfica a través de su empresa subsidiaria Doe Run Perú.

Sin embargo, desde el año 1999 hasta la fecha en que el Tribunal Constitucional interviene para resolver el presente proceso de cumplimiento, la Dirección General de Salud Ambiental - DIGESA del Ministerio de Salud, así como otras instituciones, habían expedido una serie de estudios y análisis que acreditaban la contaminación ambiental de la ciudad de La Oroya. Estos documentos también acreditaban la contaminación por plomo en la sangre en los pobladores, especialmente en los niños, sobrepasando el límite máximo establecido por la Organización Mundial de la Salud. Estos documentos fueron los siguientes:

⁵⁸ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 24 de junio de 2001.

⁵⁹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de enero de 2002.

Año de elaboración	Documento	Institución emisora
2000-2001	Estudio de Niveles de Plomo en la Sangre de la Población en La Oroya	Empresa Doe Run Perú
1999	Estudio de Plomo en sangre en una población seleccionada de La Oroya	Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud
2000	Evaluación de Niveles de Plomo y Factores de Exposición en Gestantes y Niños Menores de 3 años de la Ciudad de La Oroya	Consortio Unión por el Desarrollo Sustentable de la Provincia de Yauli, La Oroya (UNES),
2005	Plan Operativo para el Control de los Niveles de Plomo en Sangre en la Población Infantil y Gestantes de La Oroya Antigua	Dirección Regional de Salud de Junín
2004-2005	Dosaje de plomo en sangre en niños menores de 6 años. La Oroya Junín Perú	Ministerio de Salud
2005	Desarrollo de un Plan de Intervención Integral para Reducir la Exposición al Plomo y otros Contaminantes en el Centro Minero de La Oroya, Perú	Centro de Control y Prevención de Enfermedades de Estados Unidos (CDC), para la Agencia para el Desarrollo Internacional del Gobierno de los Estados Unidos (AID)
2005	Estudio sobre la contaminación ambiental en los hogares de La Oroya y Concepción y sus efectos en la salud de sus residentes	Consortio conformado por la Universidad de San Luis, Missouri, Estados Unidos, y el Arzobispado de Huancayo

Para atender dicha problemática, el Ministerio de Salud alegó haber realizado las siguientes acciones:

- Desde el año 2000 a través de un Programa de Control venía realizando la vigilancia de la calidad del aire en la ciudad de La Oroya, y en el año 2003 llevó a cabo dos estudios de monitoreo de la calidad del aire en dos etapas. Asimismo, respecto a los estudios de inventarios de emisiones, el Ministerio de Salud venía realizando 13 estudios en ciudades priorizadas, incluyendo La Oroya, los cuales para el año 2006 se encontraban en un avance del 95%.

- En el año 2003 suscribió el Convenio 008-2003-MINSA de cooperación con la empresa Doe Run Perú S.R.L., para desarrollar un “Plan Integral para Disminuir la Contaminación Ambiental en La Oroya”, que disminuya paulatinamente los niveles de plomo en sangre de la población en mayor riesgo de exposición (niños menores de 6 años y mujeres en estado de gestación).
- En el año 2003 aprobó el Decreto Supremo 009-2003-SA que aprueba el Reglamento de los Niveles de Estados de Alerta Nacionales para Contaminantes de Aire, para activar en forma inmediata un conjunto de medidas predeterminadas de corta duración, destinadas a prevenir el riesgo a la salud y evitar la exposición excesiva de la población a los contaminantes del aire, durante episodios de contaminación aguda.
- Realizó el estudio epidemiológico de línea de base para determinar la prevalencia de asma, rinitis alérgica y faringitis, e identificación de factores intra y extra domiciliarios según estratos de exposición a fuentes de emisión de contaminantes del aire, cuyos resultados preliminares fueron comunicados a la DIGESA y a nivel local.

Debido a las graves implicancias de esta información respecto a las afectaciones al medio ambiente y a la salud de los pobladores de La Oroya, correspondía verificar el nivel de eficacia de las medidas adoptadas por el Estado, a través del Ministerio de Salud, para la protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas que habitaban en La Oroya.

2.2 Naturaleza del derecho protegido.

Los derechos que buscan salvaguardar la Ley General de Salud, la Ley del Ministerio de Salud y el Reglamento de Estándares Nacionales del Calidad Ambiental del Aire son el derecho a la salud y el derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, establecidos en los artículos 2°, inciso 22, y 7° de la Constitución.

El tipo de norma constitucional que contiene el derecho a la salud ha sido desarrollado durante el análisis de la sentencia recaída en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC.

Respecto del derecho al medio ambiente habría que mencionar que su contenido ha sido determinado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI/TC (Fundamento 17), siendo éste: 1) el derecho de goce, y 2) el derecho a la preservación.

Este derecho al goce significa la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y sin que la intervención del hombre suponga una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente.

Sin embargo, es en el derecho a la preservación donde los poderes públicos y los particulares tienen la obligación ineludible de desarrollar acciones para mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute, debiendo respetarse una serie de principios que garanticen de mejor manera la protección del derecho, siendo éstos:

- a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (...); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables. (Sentencia recaída en el Exp. 0048-2004-AI/TC, Fundamento 18)

En ese sentido, nuevamente nos encontramos frente a un principio en sentido de directriz, o mandatos de optimización, que faculta a los ciudadanos a exigir al Estado planes o acciones concretas para el efectivo reconocimiento del derecho fundamental al medio ambiente, pues vemos que el Estado no podría cumplir con el mandato constitucional haciendo simplemente aquello que dispone o que constituye el contenido de las condiciones de aplicación de dichos precepto, sino que requerirá de diversas acciones planificadas y articuladas que involucren a los poderes públicos y al sector

privado, así como la asignación de los recursos suficientes, todo ello orientado a determinar la política nacional en materia ambiental.

Al igual que con el derecho a la salud, el derecho al medio ambiente establecido en la Constitución, deja un amplio margen de discreción al Estado para su cumplimiento: “Artículo 67°. El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”. Esto obliga al Estado a articular políticas orientadas a lograr en la mayor medida de lo posible los objetivos trazados por el precepto constitucional. De igual forma, éste no debe ser entendido como una directriz de carácter programático, o en el sentido que los márgenes de discreción que otorga a los poderes públicos son ilimitados.

2.3 Análisis del Tribunal Constitucional.

El proceso constitucional empleado para la resolución de la sentencia en cuestión fue el proceso de cumplimiento. Al respecto, el Tribunal Constitucional estableció que:

(...) el proceso de cumplimiento sirve para controlar la inacción de los funcionarios o autoridades públicas, de modo tal que se puedan identificar conductas omisivas, actos pasivos e inertes o la inobservancia de los deberes que la ley les impone a estos funcionarios y autoridades públicas, y, a consecuencia de ello, se ordene el cumplimiento del acto omitido o el cumplimiento eficaz del acto aparente o defectuosamente cumplido, y se determine el nivel de responsabilidades, si las hubiere. (Sentencia recaída en el Exp. N° 2002-2006-PC/TC, Fundamento 22)

De esta manera, el Tribunal Constitucional reafirmará la vinculación de las actuaciones de la administración pública con las normas constitucionales y las leyes que desarrollan su contenido, como marco jurídico que establece los límites de sus competencias y de su actuación. Estos límites se concretizan en el cumplimiento de metas, plazos y planes de priorización de aquellos sectores que requieren una atención urgente, y cuyo retraso podría poner en riesgo otros derechos fundamentales.

Asimismo, señalará que la progresividad o el nivel de exigibilidad de los derechos sociales no atenta contra su condición de derechos fundamentales, pues éstos tienen tal condición por la relación que guardan con la dignidad de las personas, siendo que a través del proceso de cumplimiento es posible brindar una protección indirecta a tales derechos, como el derecho a la salud, para verificar el cumplimiento de la obligación del

Estado de realizar todas aquellas acciones que busquen su mayor realización, priorizando aquellas poblaciones en mayor vulnerabilidad, como los niños, adolescentes, madres y adultos mayores.

En ese sentido, este proceso se centró básicamente en determinar la eficacia de la actuación del Ministerio de Salud ante el grave estado de salud de la población de La Oroya, de conformidad con sus obligaciones y competencias establecidas en la Constitución (artículos 2°, inciso 22, 7° y 67°), la Ley General de Salud, la Ley del Ministerio de Salud y el Reglamento de Estándares Nacionales del Calidad Ambiental del Aire.

La pregunta es si el Tribunal Constitucional para dilucidar la correcta actuación del Ministerio de Salud evaluó las acciones que hasta ese momento se habían adoptado, así como si existía alguna política pública eficaz orientada a dar solución a la problemática en cuestión.

El Tribunal Constitucional señalará que respecto a la implementación por parte del Ministerio de Salud de una estrategia de salud pública de emergencia para La Oroya, las medidas que hasta ese momento se habían adoptado cumplían de manera parcial e incompleta las obligaciones del Estado, superando el plazo razonable para cumplir eficazmente los mandatos constitucionales y legales pertinentes; esto básicamente porque el Ministerio de Salud no había cumplido con elaborar, a través de la DIGESA, el diagnóstico de línea base imprescindible para que el Grupo de Estudio Técnico Ambiental de la Calidad del Aire (encargado de formular y evaluar los planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en una Zona de Atención Prioritaria) formule un plan de acción para la recuperación de la salud de la población afectada.

Asimismo, los mandatos constitucionales y legales analizados en conjunto imponen al Ministerio de Salud, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Salud, no solo la implementación de un sistema ordinario para la protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas, sino también la implementación de un sistema de emergencia que ante situaciones de grave afectación de la salud dispongan acciones inmediatas a favor de la población.

Este sistema de emergencia que debió implementarse para que se otorgue atención médica especializada a la población de La Oroya que se encontraba afectada, según los

estudios e informes que determinaron la contaminación por plomo en la sangre en los pobladores desde el año 1999, nunca se llegó a implementar por parte del Ministerio de Salud. En conclusión, se advirtió que no existía una estrategia de salud pública de emergencia para La Oroya (Fundamento 60).

Más importante aún para nosotros es la afirmación del Tribunal Constitucional - reiterando lo que ya había señalado en la Sentencia recaída en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC- respecto a la protección judicial de los derechos sociales en su condición de derechos fundamentales, lo que hace intolerable que se difieran en el tiempo determinadas políticas que el Estado está obligado a diseñar e implementar para el cumplimiento de tales derechos. En el caso particular de La Oroya -ante las numerosas pruebas sobre la contaminación de las personas- la protección del Estado a través de una intervención concreta, dinámica y eficiente, debió ser inmediata, en especial porque los más afectados en su derecho a la salud eran niños y mujeres gestantes.

Así también, debido a la existencia de un alto nivel de concentración de contaminantes del aire en La Oroya, el Ministerio de Salud debió declarar en Estado de Alerta a dicha localidad, a través del procedimiento establecido en el artículo 23° del Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, y de conformidad con el artículo 105° de la Ley General de Salud.

Por lo que en este caso también el Tribunal Constitucional señalará que se había superado el plazo razonable para que el Ministerio de Salud cumpla con esta obligación. Si bien existían estudios que la propia autoridad de salud había promovido para determinar los niveles de contaminación, otra conclusión a la que se llegó es que nunca se adoptaron las políticas pertinentes ni se expedieron las normas respectivas que ayuden a planificar una solución a dicha problemática (Fundamentos 67-69).

Por otro lado, si bien el Estado puede realizar una labor conjunta con el sector privado ante situaciones de grave alteración de la salud, como se dio en el caso del convenio suscrito entre el Ministerio de Salud y la empresa Doe Run Perú para desarrollar un plan integral que disminuya la contaminación ambiental en La Oroya, con énfasis en la población con mayor riesgo de exposición, un aspecto importante que se precisó en esta sentencia es que tal cooperación no inhibe la responsabilidad directa del Ministerio de

Salud, en su condición de ente rector del sector Salud, para la recuperación inmediata de los pobladores afectados.

Finalmente, como tercera conclusión relevante en el presente caso, se estableció que el Estado tampoco cumplió con diseñar e implementar programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la ciudad de La Oroya, tal como dispone el artículo 15° del Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, los cuales son estudios complementarios que debe realizar el Ministerio de Salud, con la participación de las entidades públicas y privadas correspondientes, en aquellas zonas donde la diferencia entre los estándares nacionales de calidad ambiental del aire y los valores encontrados así lo justifique, a fin de evitar riesgos a la población (Fundamento 79).

2.4 Tipo de incidencia en el ámbito de la política pública.

Atendiendo a los estudios y análisis que desde el año 1999 daban cuenta de la contaminación por plomo en la sangre en los pobladores de La Oroya, ¿el Estado peruano había cumplido con diseñar en un plazo razonable una política pública orientada a minimizar y controlar los riesgos a la salud, y a la protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas que habitaban en La Oroya?

Lo que puede observarse claramente es que existía todo un marco regulatorio para que el Estado, a través de la autoridad de salud, cumpla una serie de obligaciones y procedimientos con fines de protección frente a graves situaciones que pongan en riesgo la salud de las personas. A pesar que dichas normas le brindaban a la autoridad un cierto margen de discreción para el diseño de planes de acción específicos, lo que el Tribunal Constitucional termina concluyendo es que dichas normas constitucionales y legales fueron sistemáticamente incumplidas, pues en la práctica no pudo identificarse la existencia de un conjunto de acciones concretas coherentes que denoten que el Estado haya querido dar una solución integral al grave problema de contaminación en La Oroya. En resumen, no existía una política pública, en todo caso, sí acciones menores y desarticuladas que no tuvieron ningún impacto en la mejora de las condiciones de salud de dicha población.

Es por ello que el Tribunal Constitucional ordenará al Estado una serie de acciones que, vistas en conjunto, bien podrían considerarse el contenido mínimo de la política pública que el Estado debía implementar. Estas acciones fueron las siguientes:

- Que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de la personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes, a efectos de su inmediata recuperación, bajo apercibimiento de aplicarse a los responsables las medidas coercitivas establecidas en el Código Procesal Constitucional.
- Que el Ministerio de Salud, a través de la DIGESA, en el plazo de treinta (30) días, realice todas aquellas acciones tendentes a la expedición del diagnóstico de línea base, de modo tal que a la brevedad puedan implementarse los respectivos planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en la ciudad de La Oroya.
- Que el Ministerio de Salud, en el plazo de treinta (30) días, realice todas las acciones tendentes a declarar el Estado de Alerta en la ciudad de La Oroya.
- Que la DIGESA, en el plazo de treinta (30) días, cumpla con realizar acciones tendientes a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona que comprende a la ciudad de La Oroya.
- Que el Gobierno Regional de Junín, la Municipalidad Provincial de Yauli, el Ministerio de Energía y Minas, el Consejo Nacional del Ambiente⁶⁰ y empresas privadas, como Doe Run Perú SRL, que desarrollan sus actividades mineras en la zona geográfica que comprende a la ciudad de La Oroya, participen urgentemente en las acciones que permitan la protección de la salud y el medio ambiente de los pobladores de la referida localidad, debiendo priorizarse en todos los casos el tratamiento de los niños y las mujeres gestantes.

⁶⁰ De conformidad con la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 mayo de 2008, se aprueba la fusión del Consejo Nacional del Ambiente con el Ministerio del Ambiente, siendo este último el ente incorporante.

En ese sentido, podemos decir con toda certeza que lo que ordenó el Tribunal Constitucional al Estado peruano en la sentencia analizada, es el diseño de una política pública que específicamente defina y atienda el problema de contaminación por plomo en la sangre en los pobladores de La Oroya, con especial énfasis en la población de mayor vulnerabilidad (niños y madres gestantes), siendo ésta la 1 Fase (definición del problema e identificación de sus posibles causas) de la política pública pendiente de formulación.

2.5 Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Como se recordará, esta sentencia fue expedida el 12 de mayo de 2006, siendo que las acciones que ordenó el Tribunal Constitucional al Estado peruano debían ejecutarse en el plazo de 30 días.

Sin embargo, bajo el argumento que se trata de una situación compleja que requiere medidas a mediano y largo plazo, el Estado superó el plazo otorgado por el Tribunal Constitucional sin haber implementado un sistema de emergencia para atender la salud de las personas en La Oroya, un diagnóstico de base para la implementación de los planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire, ni acciones tendientes a declarar los estados de alerta y a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona.

Pero, además, no podemos dejar de mencionar que a pesar del incumplimiento de este fallo y de la situación de grave riesgo a la salud por la que atravesaban los pobladores de La Oroya por la continua exposición a niveles extremadamente altos de contaminación, el Tribunal Constitucional no aplicó las medidas coercitivas establecidas en el Código Procesal Constitucional. Tal como la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos señalará: “(...) En todo caso, las autoridades judiciales encargadas de verificar el cumplimiento de la sentencia estaban facultadas para utilizar los mecanismos conminatorios sin que se tenga conocimiento de que lo hubieran hecho” (Informe N° 76/09, Considerando 69).

Frente a esto -incluso- el Congreso de la República, a través del Informe Parlamentario “El problema de salud pública ambiental en La Oroya” elaborado por Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología el 18 de julio de 2007, señalará que es preocupante que las entidades involucradas no hayan implementado

la sentencia del Tribunal Constitucional, por lo que recomendará que dicho órgano jurisdiccional verifique, asistido por alguna entidad especializada, el cumplimiento de su fallo que garantice una real protección del derecho a la salud de los pobladores de La Oroya en el corto y mediano plazo (pág. 21).

Debido a esta situación de inacción, el 27 de diciembre de 2006 la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), el Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA) y Earthjustice presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición⁶¹ a favor de un grupo de personas por la contaminación ambiental en La Oroya provocada por el complejo metalúrgico de propiedad de la empresa estadounidense Doe Run, la cual venía generando una serie de violaciones a los derechos humanos⁶², debido a acciones y omisiones estatales, en particular, el incumplimiento de normas en materia ambiental y de salud, y la falta de supervisión y fiscalización por parte del Estado.

El 31 de agosto de 2007 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó medidas cautelares a favor de 65 moradores de la ciudad de La Oroya, solicitando al Estado peruano adoptar las medidas pertinentes para practicar un diagnóstico médico especializado a los beneficiarios, proveer el tratamiento médico especializado y adecuado para aquellas personas cuyo diagnóstico demuestre que se encuentran en una situación de peligro de daño irreparable para su integridad personal o su vida, y coordinar con los solicitantes y beneficiarios la implementación de las medidas cautelares.

Asimismo, el 05 de agosto de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expidió el Informe N° 76/09 a través del cual decidió declarar admisible la petición presentada por las instituciones representantes de los pobladores afectados, estando hasta la fecha pendiente que la Comisión emita su Informe de Fondo y resuelva la remisión del caso a la Corte Interamericana.

⁶¹ Petición 1473-06.

⁶² Los derechos alegados fueron los siguientes: los artículos 4° (vida), 5° (integridad personal), 11° (honra y de la dignidad), 13° (libertad de pensamiento y expresión), 8° (garantías judiciales) y 25° (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vinculados con los artículos 10° y 11° del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la violación del artículo 19° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

No obstante, es preciso señalar que en respuesta a la petición planteada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado peruano indicó que para cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de mayo de 2006 y de las medidas cautelares otorgadas por la Comisión, se realizaron -a través del Ministerio de Salud- una serie de acciones a efectos de mejorar su función de supervisión y fiscalización del problema de contaminación en La Oroya. Entre estas acciones mencionaremos las siguientes:

- Actividades y campañas de promoción de la salud, higiene y nutrición, así como análisis de plomo en la sangre y diagnósticos médicos especializados para proveer la atención requerida a enfermedades recurrentes que podrían estar vinculadas con la contaminación.
- Elaboración de un diagnóstico que incluyó el inventario de emisiones, el monitoreo de la calidad del aire y estudios epidemiológicos, sirviendo de base para el “Plan de Mejora de la Calidad del Aire en la Cuenca Atmosférica de La Oroya”, incluyendo un Plan Preventivo de Paradas de Planta cuando se superen los umbrales establecidos en las normas.
- Ampliación de la cobertura de los servicios de salud para prevenir, controlar y atender los factores determinantes de la salud asociados al inadecuado manejo ambiental y su efecto en la salud de las personas en dicha ciudad, otorgando atención especial a niños con niveles mayores a 45 $\mu\text{g/dL}$ de plomo en la sangre.
- Implementación de mecanismos complementarios de monitoreo de la calidad del aire y los riesgos a la salud, así como de monitoreo de suelos y polvos.
- Implementación de mecanismos de fiscalización, sanción y participación ciudadana a través de un Comité de Vigilancia y Monitoreo Ciudadano.
- La incorporación gratuita al Seguro Integral de Salud de los pobladores de La Oroya en situación de pobreza o extrema pobreza.
- En el marco del Convenio de Cooperación entre el Ministerio de Salud, el Gobierno Regional y la empresa Doe Run, la implementación de una Estrategia Sanitaria de Atención a Personas Afectadas por la Contaminación con Metales Pesados y Otras Sustancias Químicas, a efectos de priorizar la atención de salud.

- En materia de infraestructura en salud, la construcción de un centro obstétrico y la mejoría en la infraestructura del Centro de Salud de La Oroya, incrementando el personal médico.
- La aprobación de la “Guía Práctica clínica para el manejo de pacientes con intoxicación por plomo” para orientar a los profesionales de la salud en la atención de dichos pacientes.
- Con respecto a las sanciones, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería había iniciado un procedimiento sancionador contra la empresa Doe Run, sobre la base en un informe elaborado por fiscalizadoras externas.

Por último, si bien la sentencia del Tribunal Constitucional no necesariamente logró que en el corto plazo el Estado diseñara una política pública para el mejoramiento de la salud ambiental en La Oroya, nuestro parecer es que sí incidió en el ámbito político para colocar dicha problemática en la agenda pública, consiguiendo que las entidades involucradas destinen mayores esfuerzos para su solución, así como que la empresa Doe Run Perú se vea obligada a cumplir con las metas establecidas en los proyectos de desarrollo social (salud y educación) en dicha zona.

3. UN CASO EN EL QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ORDENÓ QUE EL ESTADO SE ABSTENGA DE DESARROLLAR UNA POLÍTICA PÚBLICA: LA DISTRIBUCIÓN GRATUITA DE LA DENOMINADA “PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE” EN EL MARCO DEL PROGRAMA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN FAMILIAR (EXP. N° 02005-2009-PA/TC).

El análisis de esta sentencia en algún sentido rompe el esquema que hasta el momento hemos venido trabajando respecto a la posibilidad de incidir a través de la jurisprudencia constitucional en la modificación o el diseño de las políticas públicas que desarrollan los derechos sociales, pues en este caso el derecho fundamental a proteger será la vida y el derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad, ya no desde el enfoque de la progresividad sino más bien según la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales, y en particular, desde su dimensión objetiva.

Cabe recordar, tal como fue establecido en nuestro marco teórico, que el reconocimiento del contenido normativo y axiológico de la Constitución constituye el principal antecedente de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, a través del cual se empieza a valorar a la persona humana como el eje central del sistema jurídico.

Asimismo, esta dimensión objetiva le otorga a los derechos fundamentales -y no sólo a los de carácter prestacional- la naturaleza de valores esenciales en el ordenamiento jurídico y en el ámbito político, haciendo surgir un deber de protección a cargo del Estado para el desarrollo de políticas que promuevan dichos derechos, así como obligaciones de actuación y de protección de las personas en un sentido individual y colectivo.

Bajo la lógica de la doble dimensión de los derechos fundamentales es que el Estado se encuentra obligado a la realización de acciones estatales que se sustentan en el principio-derecho de dignidad humana, como fin supremo de la sociedad y del Estado. Tomemos en cuenta que desde dicha perspectiva analizaremos el presente caso.

Por otro lado, es preciso señalar que si bien la presente sentencia ha sido calificada por algunos autores como un retroceso en el avance de la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales, y constitutiva -entre otras- de la falta de confianza y credibilidad en el Tribunal Constitucional⁶³, para nosotros resulta relevante ingresar a su estudio para evidenciar cómo los problemas de argumentación en la resolución de ciertos casos pueden configurarse en un límite del control constitucional de las políticas públicas.

3.1 Estado de la cuestión.

Antes de entrar a analizar propiamente la sentencia en cuestión, es importante tener como antecedente la Sentencia recaída en el Exp. N° 7435-2006-PC/TC a través de la cual el Tribunal Constitucional resolvió el proceso de cumplimiento interpuesto por doña Susana Chávez Alvarado y otras a fin de que, en aplicación de la Resolución

⁶³ Al respecto, el profesor César Landa ha señalado lo siguiente: “Lo más grave es que esta situación conlleva también al debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución, el rol que ocupaba el tc como supremo intérprete de la Constitución, el respeto a la incorporación de sus sentencias en el sistema de fuentes del derecho y al rol que cumplen los magistrados constitucionales en el quehacer de la vida constitucional. Decisiones como [e]stas, de especial repercusión económica, social y política, han mellado la legitimidad del tc ante la opinión pública (...)” 2011: 163.

Ministerial N° 465-99-SA/DM que aprueba las Normas de Planificación Familiar⁶⁴, ampliada por Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM⁶⁵, se garantice la provisión e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a cargo del Ministerio de Salud.

Al respecto, debido a que el Ministerio de Salud para el año 2002 no venía cumpliendo con su obligación de distribuir gratuitamente el AOE, como método anticonceptivo incorporado a las normas de planificación familiar por el Ministerio de Salud, ese año un grupo de ciudadanos interpone una demanda de cumplimiento a efectos que el juez constitucional ordene la ejecución de dicha obligación.

Durante el trámite de dicho proceso de cumplimiento, el Ministerio de Salud expidió la Resolución Suprema N° 007-2003-SA⁶⁶ con la cual constituyó la Comisión de Alto Nivel encargada de emitir un informe científico, médico y jurídico sobre el AOE, concluyendo que éste posee pleno sustento constitucional y legal, y que su disponibilidad en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria, informada e idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas del país.

Posteriormente, el Ministerio de Salud emitió la Resolución Ministerial N° 668-2004-MINSA que aprueba el documento Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva⁶⁷, que contiene los métodos, técnicas y servicios que contribuyen con la salud y el bienestar reproductivo, así como también el tratamiento de la salud sexual para el desarrollo de la vida y de las relaciones personales.

Habiéndose declarado fundada la demanda en primera instancia, y estando en trámite el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, esta última entidad emitió la Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA que aprueba la Norma Técnica de Planificación Familiar⁶⁸, que en su artículo 5° dispone la derogación de la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM,

⁶⁴ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de septiembre de 1999 y derogada por el artículo 5° de la Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA.

⁶⁵ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de julio de 2001.

⁶⁶ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 12 de septiembre de 2003.

⁶⁷ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2004.

⁶⁸ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18 de julio de 2005.

hecho que motivó que en segunda instancia se declare la sustracción de la materia al no existir un mandato vigente como requisito indispensable para que la demanda de cumplimiento sea admitida a trámite.

No obstante, el Tribunal Constitucional entró a valorar la cuestión de fondo al considerar que, si bien la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM había sido derogada, aún se encontraban vigentes otras normas administrativas (tales como las Resoluciones Ministeriales N° 399-2001-SA/DM y la Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA), que desde una perspectiva sustancial mantenían las obligaciones del Estado de atender y proveer de información y/o de insumos de métodos anticonceptivos en forma gratuita, tal como el AOE, a las instituciones del sector público.

Cabe destacar que en dicha oportunidad el Tribunal Constitucional no sólo entró a valorar el cumplimiento de los requisitos de procedencia del proceso de cumplimiento, sino que también incluyó en su resolución posiciones institucionales respecto a la naturaleza abortiva o no del AOE, como la opinión de la Defensoría del Pueblo que ya había sustentado su posición en el Informe Defensorial N° 78 “La anticoncepción oral de emergencia”⁶⁹, documento en el que dicha entidad se adscribe a la posición del carácter no abortivo de dicho método y recomienda al Ministerio de Salud su libre distribución.

Finalmente, el Tribunal Constitucional resolvió dicho proceso estimando las pretensiones de las recurrentes y declarando fundada la demanda.

Debemos tener presente que las resoluciones señaladas constituyen un conjunto de normas administrativas orientadas a definir algunas de las soluciones adoptadas por el Estado a los problemas vinculados con la Salud Sexual y la Salud Reproductiva en el país, y al respeto de los derechos reproductivos⁷⁰. Como sabemos, esta tarea se

⁶⁹ Resolución Defensorial N° 040-2003/DP, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de diciembre de 2003.

⁷⁰ “(...) los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos (...). Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos

encuentra reservada al Ministerio de Salud como ente rector en materia de salud, debido a sus competencias para el desarrollo de métodos y procedimientos que identifiquen y prioricen problemas, poblaciones e intervenciones; esto incluye el establecimiento de normas y la proposición de políticas, prioridades y estrategias de atención de salud de las personas.

En ese sentido, se podría decir que dichas normas administrativas desarrollaban algunos de los instrumentos de acción seleccionados por el Estado, a través del Ministerio de Salud, para la formulación del programa de la política pública en materia de salud sexual y reproductiva.

Ahora bien, en cumplimiento de las obligaciones del Estado para poner a disposición de los ciudadanos la más amplia información y servicios de calidad para el goce efectivo de sus derechos reproductivos, el Ministerio de Salud elaboró un Programa de Planificación Familiar a nivel nacional que tenía entre sus objetivos asegurar la libre elección y el acceso informado de las personas en la opción anticonceptiva que quieran tomar, y la atención y provisión de información e insumos de métodos anticonceptivos gratuitos en las instituciones del sector público, dentro de los cuales se incluyó el AOE.

Sin embargo, quedó probado ante el Tribunal Constitucional que el Ministerio de Salud no venía cumpliendo sus obligaciones en dicha materia, pues para el año 2006 varios hospitales del Ministerio de Salud carecían de los insumos correspondientes al AOE, lo cual fue ratificado con la actuación supervisora de la Defensoría del Pueblo.

En los años siguientes, como parte del Programa de Planificación Familiar y en cumplimiento de las normas técnicas sobre la materia, el Ministerio de Salud dispundrá la distribución masiva y gratuita del denominado AOE, como un método anticonceptivo necesario para el beneficio de la población menos favorecida.

Sin embargo, estas medidas serán objeto de cuestionamiento por ciertos colectivos sociales adscritos a la tesis de la naturaleza abortiva de la AOE, trayendo a colación el deber del Estado de proteger el derecho a la vida desde la concepción.

humanos.” Párrafos 7.2 y 7.3 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Cairo, 1994).

3.2 Naturaleza del derecho protegido.

Si bien la sentencia en cuestión tiene entre sus antecedentes la política nacional del Estado orientada a lograr el goce efectivo de los derechos reproductivos de la población, los cuales se desprenden del artículo 6° de la Constitución y de diversos documentos internacionales en materia de derechos humanos, el derecho que protege la Sentencia recaída en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC es el derecho a la vida desde la concepción reconocido por el artículo 2°, inciso 1, de la Constitución.

“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”

Este derecho también está consagrado como un derecho humano, reconocido por el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; por el artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; por el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y por el artículo 4°, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Como sabemos, estos documentos internacionales relacionados con los derechos humanos que han sido ratificados por el Estado peruano, forman parte del Derecho nacional, y sus disposiciones constituyen criterios interpretativos de las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce, de conformidad con el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Asimismo, el derecho a la vida en el ordenamiento jurídico constitucional constituye un valor esencial, reforzado en la consideración de que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Éste constituye un principio en sentido estricto, pues la configuración de sus condiciones de aplicación si bien son abiertos, determina que se haga aquello que constituye su contenido en forma plena, siendo imposible la aplicación de criterios de gradualidad para su cumplimiento.

En ese sentido, como valor supremo, el Estado está obligado a proteger la vida humana en tanto presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos. No obstante, este

derecho no debe entenderse únicamente desde el aspecto físico, sino también desde sus diversas manifestaciones.

La vida, como principio que irradia todo el ordenamiento constitucional, no sólo constituye un límite al ejercicio del poder en el sentido de derecho de libertad o deber de abstención, sino también un fin en sí mismo que debe guiar la actuación del Estado y la adopción de acciones positivas para su protección.

Es preciso dejar en claro que no compartimos la clásica división que suele efectuar la doctrina jurídica respecto a los derechos de libertad -que comúnmente se han entendido como límites negativos a los poderes públicos (de no hacer, de abstención)- y los derechos sociales (de hacer, de prestación) para denotar la actuación del Estado en la realización del derecho, pues consideramos que en ambos casos hablamos de derechos fundamentales que en su dimensión objetiva siempre exigirán una actuación positiva del Estado.

Al respecto, Miguel Carbonell ha señalado: “Si reducimos estos derechos [de libertad] a una simple obligación negativa de no interferencia por el Estado, es seguro que no podremos asegurar de la mejor forma posible muchas libertades reconocidas en todos los Estados democráticos” (2004: 314). No obstante, no podemos negar que en el caso de los derechos sociales la actuación del Estado es requerida en una mayor intensidad.

Por otro lado, resulta pertinente recordar la teoría de Alexy, para quien los principios en general son mandatos de optimización, que si bien esto resultaría discutible para Aienza y Ruiz Manero en lo que se refiere a los principios en sentido estricto, no resulta tan descabellado a la luz de las exigencias prácticas que se presentan en la realidad, tal como en el presente caso.

Aun así, la *tesis del cumplimiento pleno* propuesta por Lopera Mesa bien podría superar cualquier discusión al respecto, en el sentido que los mandatos de optimización también podrían comprender normas de cumplimiento pleno, como una exigencia de cumplimiento en el mayor número de ocasiones posible (frecuencia de la aplicación); recordemos que según dicha tesis sólo en tal sentido dichas normas (los principios en sentido estricto) podrían ser graduables.

3.3 Análisis del Tribunal Constitucional.

El proceso constitucional empleado para la resolución de la sentencia en cuestión fue el proceso de amparo, el cual tuvo por objeto -entre otros- que el Estado, a través del Ministerio de Salud, se abstenga de distribuir gratuitamente la denominada “Píldora del Día Siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios.

Si bien el Tribunal Constitucional en esta sentencia se referirá al derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la referencia fue bastante escueta; y sí más bien efectúa un mayor desarrollo respecto al derecho fundamental a la vida, siendo una de las principales cuestiones controvertidas determinar si la “Píldora del Día Siguiente” tiene efectos abortivos y, por tanto, si atentaba contra la vida del concebido.

Para determinar esto, el Tribunal Constitucional tomará en consideración las perspectivas científicas sobre el inicio de la vida, así como la situación jurídica del concebido en nuestro ordenamiento, calificando como una cuestión ya determinada por el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos y para el sistema jurídico nacional que la vida se protege desde la concepción (Fundamento 19).

Así también, este colegiado tomará en consideración la información consignada en los insertos incluidos en los envases de los productos farmacéuticos en general, y en particular, en los productos comercializados en nuestro país como “Píldora del Día Siguiente”, todos los cuales hacen referencia al “tercer efecto” que producirían los mismos: “(...) previenen, interfieren o impiden la implantación” (Fundamento 41). Asimismo, el Tribunal recalcó que, siendo ésta una información previamente verificada por el Ministerio de Salud para expedir su autorización, resultaba incoherente que éste niegue cualquier efecto abortivo de la “Píldora del Día Siguiente”.

En ese sentido, aplicando el principio precautorio, el Tribunal Constitucional señalará que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la “Píldora del Día Siguiente” afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación, hecho que atentaría contra el derecho a la vida del concebido; en consecuencia, resulta inconstitucional la distribución gratuita de la “Píldora del Día Siguiente” como método anticonceptivo que forma parte del Programa Nacional de Planificación Familiar. No

obstante, en el fallo de la sentencia el Tribunal ordenará que el Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como *política pública* la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del Día Siguiente”.

Uno de los aspectos negativos a resaltar de esta sentencia es que en ella no se determinó el tipo de acciones que el Estado venía desarrollando o iba a desarrollar para poner a disposición del público dicho método anticonceptivo. Esto lo veremos más adelante.

En relación a la comercialización de la “Píldora del Día Siguiente” en farmacias y establecimientos privados, señalará que, en tanto los productos farmacéuticos y la atención de salud son diferentes de otros bienes de consumo, es necesaria la intervención del Estado frente al desequilibrio de información respecto a la calidad, inocuidad, eficacia e idoneidad de este producto.

Como podemos ver, el Tribunal Constitucional empleó otros criterios para evaluar la “Píldora del Día Siguiente” en el ámbito del mercado privado, sin tomar en consideración si en el marco de la protección del derecho a la vida del concebido, los mismos riesgos que tienen las personas que adquieren la “Píldora del Día Siguiente” en establecimientos públicos, también los tienen las personas que la adquieren a través de establecimientos privados.

En realidad, esta última observación es la que mayores controversias ha suscitado en el ámbito jurídico, ya que el Tribunal Constitucional no entró a valorar el derecho a la igualdad de las personas que no tienen los recursos económicos suficientes para acceder, a través de un consentimiento informado, a la “Píldora del Día Siguiente” como un método anticonceptivo más, tal como sí lo pueden hacer las personas que cuentan con los recursos económicos suficientes.

3.4 Tipo de incidencia en el ámbito de la política pública.

Si revisamos con detenimiento la Sentencia recaída en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC, veremos que la terminología que se emplea para hacer alusión al conjunto de acciones adoptadas por el Estado para poner a disposición del público la “Píldora del Día Siguiente” es variable; en efecto, por momentos se nos habla de un programa, en otros de una estrategia y al final de una política pública. Esto denota una investigación poco

exhaustiva por parte del Tribunal Constitucional sobre la terminología a emplear en materia de gestión pública.

De seguro surgirá la pregunta de por qué es tan relevante tener en cuenta esta distinción. Para nosotros resulta siendo tan relevante este tema, como relevante es para los fines de la presente tesis determinar si la jurisprudencia constitucional puede -desde una sólida construcción argumentativa- controlar las políticas públicas, ámbito por mucho tiempo reservado al control político del Estado.

Por otro lado, desde la perspectiva de la teoría de la gestión y administración pública, es importante que el lenguaje técnico empleado por el Tribunal Constitucional en sus resoluciones -y en general, los órganos jurisdiccionales- transmita con claridad a la ciudadanía el conjunto o la cadena de acciones que lleva a cabo el Estado, a través de sus diferentes dependencias, para atender las distintas situaciones colectivas que constituyen los objetivos prioritarios de la agenda pública.

En materia de salud, incluso, mucho se ha discutido el hecho que los países hagan un uso intercambiable de términos tales como política, plan, estrategia y programa, como una práctica generalizada, tal como ha puesto en evidencia la Organización Mundial de la Salud - OMS⁷¹.

Ahora bien, recordemos que el Tribunal Constitucional resuelve ordenando que el Ministerio de Salud “se abstenga de desarrollar como política pública” la distribución gratuita a nivel nacional del AOE. Pero ¿hizo bien al referirse propiamente a una política pública? Para responder a esta pregunta cabe volver a los antecedentes de este caso que se dieron con la Sentencia recaída en el Exp. N° 7435-2006-PC/TC.

Como parte de las obligaciones del Estado para poner a disposición de los ciudadanos la más amplia información y servicios de calidad para el goce efectivo de sus derechos reproductivos, el Ministerio de Salud elaboró un Programa de Planificación Familiar a nivel nacional, el cual tenía entre sus objetivos asegurar la libre elección y el acceso informado de las personas en la opción anticonceptiva que quieran tomar, y la atención

⁷¹ Esta afirmación es recogida del documento elaborado por la OMS denominado “Marco de políticas, estrategias y planes sanitarios nacionales” de junio de 2010, cuya versión electrónica puede descargarse a través del siguiente link: http://new.paho.org/hq/dmdocuments/2010/NHStrategies_WHOconsultation_spa.pdf (última visita: 21 de julio de 2012).

y provisión de información e insumos de métodos anticonceptivos gratuitos en las instituciones del sector público, dentro de los cuales se incluyó a la AOE mediante Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM al AOE.

Este programa, como otros, estaba adscrito a un plan estratégico nacional de salud, y éste a la política nacional de salud, pero en particular a la política pública en materia de salud sexual y reproductiva. Sin embargo, no resulta coherente hablar del diseño de una política pública para garantizar la provisión e información sobre la “Píldora del Día Siguiente” en todos los establecimientos de salud a cargo del Ministerio de Salud, cuando al igual que éste existen otros métodos anticonceptivos que también forman parte del Programa Nacional de Planificación Familiar, pues esto implicaría que por cada uno de los métodos anticonceptivos incluidos en dicho plan, el Estado tenga que diseñar una política pública específica. Derivaría en la existencia de varias políticas públicas orientadas a la solución de un mismo problema, cual es que las personas no puedan optar libremente y de manera informada por alguno de los métodos anticonceptivos reconocidos por la autoridad de salud.

Nuestra opinión es que lo que en la práctica hizo el Tribunal Constitucional fue ordenar la eliminación de uno de los instrumentos de acción que conformaban la política pública en materia sexual y reproductiva desarrollada por el Ministerio de Salud; esto no significa que dicha sentencia no haya tenido una incidencia en la modificación de los componentes que conformaban dicha política pública; sin embargo, como dijésemos, la terminología empleada no fue la más apropiada.

Otro aspecto discutible en esta sentencia, y que tiene que ver con la argumentación que emplea el Tribunal Constitucional para restringir los efectos de su sentencia únicamente al ámbito de actuación del Ministerio de Salud, es la falta de razonabilidad para distinguir entre las personas que adquieren la “Píldora del Día Siguiente” a través de establecimientos públicos, con las personas que la adquieren a través de establecimientos privados, tomando en cuenta que la necesidad de un consentimiento informado -que es uno de los aspectos centrales en los que gira la sentencia del Tribunal Constitucional- se encuentra presente en ambas situaciones.

Por lo que, al final, la discusión parece reducirse a un problema de medios económicos y no a una cuestión de acciones orientadas a la protección de los derechos fundamentales:

(...) si bien proscribieron el uso de la píldora del día siguiente en los establecimientos públicos de salud, la mayoría, en cambio, no se pronunció sobre su expendio al público en las farmacias privadas que las deseaba adquirir. Con ello se produjo una discriminación hacia las mujeres de bajos recursos económicos, en la medida que se les impidió el acceso a los servicios de salud público-gratuitos para obtener la AOE; mientras que, por defecto, la misma mayoría del tc permitió el expendio de dicha píldora para las personas de recursos económicos suficientes para adquirirlas en los establecimientos y farmacias privad[o]s. (Landa 2011:166)

Por último, si lo que buscaba el Tribunal Constitucional era evitar que las personas de bajo recursos económicos -inducidas por la falta de información suficiente y cierta sobre los efectos de la “Píldora del Día Siguiente”-, adopten una decisión desinformación sobre la compra del mismo, entonces podríamos decir que existían otras opciones por las que dicho colegiado pudo haber optado para procurar que el Estado garantice que tal información sea accesible a dichas personas, con lo cual se hubiese evitado generar una situación de desigualdad, tal como se viene dando en la práctica.

Es importante tener presente que, si bien desde el análisis jurisprudencial comparado y nacional, nuestra tesis plantea la posibilidad de que la jurisprudencia constitucional pueda incidir en la formulación, implementación o rediseño de las políticas públicas, somos conscientes de que dicha posibilidad no puede ejercerse bajo argumentos irrazonables e inmotivados, y es aquí donde encontramos uno de los principales límites a cualquier tipo de control.

3.5 Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Como se recordará, esta sentencia fue expedida el 16 de octubre de 2009. La primera reacción que tuvo el Poder Ejecutivo, a través del Titular del Ministerio de Salud de ese entonces, fue de rechazo hacia la sentencia, pues ésta no había despejado claramente la duda de si la “Píldora del Día Siguiente” es abortivo o no; y porque, si se trataba de un

método anticonceptivo dañino para la población, la prohibición debió alcanzar no sólo el ámbito público, sino también el privado⁷².

En consecuencia, el 26 de octubre de 2009 la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud presentó una solicitud de aclaración al Tribunal Constitucional, respecto a la supuesta contradicción con la Sentencia recaída en el Exp. N° 7435-2006-PC/TC, así como la posibilidad de que el Ministerio de Salud ponga a la venta la denominada “píldora del día siguiente”. Ambas solicitudes fueron declaradas improcedentes el 29 de octubre de 2009.

Frente a esto, el 14 de enero de 2010 diversas lideresas de organizaciones sociales presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano, debido a que la sentencia del Tribunal Constitucional generaba una situación de discriminación contra las mujeres pobres del Perú. Hasta la fecha dicha petición se encuentra en trámite.

Posteriormente, el Ministerio de Salud publicó la Resolución Ministerial N° 167-2010/MINSA⁷³ a través de la cual hizo de conocimiento público que, de conformidad con los informes técnicos científicos expedidos por parte de la OMS/OPS, de la Dirección General de Medicamentos Insumos y Drogas y la Dirección General de Salud de las Personas, así como del Instituto Nacional de Salud -los cuales son posteriores a la Sentencia recaída en el Exp. N° 2005-2009-PA/TC-, se determinó la certeza de que el uso de *levonorgestrel* como anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo, y no produce efectos secundarios mortales o dañinos, teniendo propiedades benéficas para la salud.

Sin embargo, el Ministerio de Salud tuvo que rectificar dicha disposición normativa debido a que, en ejecución, de sentencia se le acusó de incumplir lo ordenado por el Tribunal Constitucional. Debido a ello, el Ministerio de Salud tuvo que expedir la Resolución Ministerial N° 652-2010/MINSA⁷⁴, a través de la cual dispuso que la Dirección General de Salud de las Personas y la Dirección de Medicamentos, Insumos y Drogas se abstengan de realizar cualquier actividad referida al uso del *Levonorgestrel*

⁷² Diario Perú 21. Versión electrónica del viernes, 23 de octubre de 2009, puede descargarse a través del siguiente link: <http://peru21.pe/noticia/358816/ugarte-fallo-contra-pildora-dia-siguiente-injusto-absurdo> (última visita: 21 de julio de 2012).

⁷³ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 09 de marzo de 2010.

⁷⁴ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de mayo de 2011.

como anticonceptivo oral de emergencia, en concordancia con el fallo de la Sentencia recaída en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC y en cumplimiento a lo ordenado por el 28 Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

A la fecha el Estado mantiene suspendido cualquier tipo de distribución gratuita o la venta de la “píldora del día siguiente”, en acatamiento a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, lo cual quiere decir que muy al margen de los serios cuestionamientos al contenido de su sentencia -muchos de los cuales compartimos-, en la práctica impidió la implementación de una de las importantes medidas que conformaban la política pública del Estado en materia de salud sexual y reproductiva. No obstante, la “Píldora del Día Siguiente” sigue siendo comercializada en el ámbito privado.

Otro caso en el que el Tribunal Constitucional ordenó la eliminación de uno de los instrumentos de acción que conforman una política pública, tal como sucedió en el caso antes analizado, lo encontramos en la Sentencia recaída en el Exp. N° 3116-2009-PA/TC que resuelve la demanda de amparo interpuesta por la empresa Cementos Lima S.A. contra el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la cual se declaró inaplicable el artículo 2° del Decreto Supremo 158-2007-EF que había reducido de 12% a 0% el arancel impuesto al cemento sin pulverizar importado, ordenando a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) que restablezca dicho arancel a la tasa de 12%.

Este es un caso que generó mucha tensión en el ámbito político en tanto significó una intervención jurisdiccional en la política arancelaria del Estado, competencia exclusiva del Presidente de la República, así como una transgresión a la forma legal determinada por la norma constitucional para la regulación de los aranceles, de conformidad con los artículos 74° y 118°, inciso 20, de la Constitución Política del Estado, conllevando incluso a que el Tribunal Constitucional emitiese una aclaración respecto a los alcances de su sentencia, a petición del Procurador del Ministerio de Economía y Finanzas (Resolución N° 3116-2009-AA Aclaración).

Si bien el Tribunal Constitucional aclaró que su sentencia no debía ser considerada como un precedente que condicionaba el diseño de la política arancelaria establecida por el poder ejecutivo, en la práctica implicó llevar a cabo un control constitucional

sobre las facultades discrecionales ejercidas por éste en la selección de los medios idóneas para alcanzar los fines de la política arancelaria del Estado.

Al igual que la Sentencia recaída en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC -a través de la cual el Tribunal Constitucional ordenó la eliminación de uno de los instrumentos de acción que integraba la política pública en materia sexual y reproductiva-, la Sentencia recaída en el Exp. N° 3116-2009-PA/TC (caso Cementos Lima) también incidirá en la eliminación de uno de los instrumentos de acción de la política pública arancelaria, referido a la reducción del arancel impuesto al cemento sin pulverizar importado.

Este caso constituye, a nuestro juicio, otro ejemplo concreto de cómo la incidencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de las políticas públicas, podría estar basada en una extralimitación de sus facultades discrecionales.



CAPÍTULO III: EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. UNA PROPUESTA ARGUMENTATIVA.



1. LA DIGNIDAD HUMANA COMO BASE CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Debemos empezar este capítulo remarcando que nuestra investigación se ha orientado a abarcar un análisis teórico-constitucional hasta llegar a un análisis práctico-jurisprudencial, de tal forma que las líneas de conexión referentes a la argumentación que hemos venido construyendo respecto a la protección y defensa de los derechos fundamentales y el diseño y la formulación de las políticas públicas sean coherentes con el enfoque de derechos.

Ciertamente una de las principales inquietudes académicas que pretende resolver la presente tesis tiene una estrecha relación con la concreción o materialización real de los derechos fundamentales. Sin embargo, dicho propósito no puede verse satisfecho sin antes habernos centrado en desarrollar una fundamentación constitucional que vincule dicha materialización con el diseño y la formulación de las políticas públicas, como un mecanismo idóneo para tal fin.

Al respecto, no solamente hablamos de una conexión de resultados sino también de una conexión de medios y procedimientos, donde el enfoque de derechos se sugiere como una práctica por parte de los poderes públicos en el diseño y en la implementación de planes de acción específicos para la generación de cambios sociales, con el cumplimiento de obligaciones correlativas.

En ese sentido, estamos convencidos de que existe un vínculo muy estrecho entre la formulación de políticas públicas y la eficacia normativa y real de los derechos fundamentales, en especial de los llamados derechos sociales. No obstante, la cuestión principal que nuestra tesis se orienta a resolver es si la labor de los jueces constitucionales puede considerarse relevante en dichos procesos, y si incluso -algunas veces- se percibe de éstos una mayor eficacia en comparación con la labor que desempeñan los órganos democráticos, lo cual los legitimaría para ejercer el control constitucional de las políticas públicas.

Entrar a dilucidar lo dicho anteriormente debe estar precedido por un análisis sistemático de lo que hemos considerado nuestro sustento constitucional de las políticas públicas. Para esto, debemos tener presente que tanto en el orden constitucional nacional como en el Derecho Constitucional comparado, la dignidad humana se

considera el principio básico de los derechos fundamentales, y además el punto de partida de toda construcción argumentativa en materia constitucional.

Al respecto, resulta interesante acotar que la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-227 del 17 de marzo de 2003 ha señalado: “(...) será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”⁷⁵; por ello, resulta ineludible comenzar este capítulo analizando el principio de dignidad humana a la luz de las políticas públicas.

La dignidad es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de la condición humana, es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la cual hace que la persona sea tratada y considerada en cualquier situación como un fin en sí mismo y no como un instrumento o medio para otro fin. Su reconocimiento tanto en el ámbito constitucional como en el ámbito de los Derechos Humanos es trascendental: “(...) la dignidad humana no opera como una declaración de buenos principios, sino que genera obligaciones directas al Estado (Pérez Murcia, Uprimny Yepes, Rodríguez Garavito, 2007: 88).

Asimismo, de la dignidad humana nacen otras expresiones igualmente relevantes para el desarrollo de la persona, como la capacidad de autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad, que exigen su aseguramiento y garantía por parte del orden jurídico estatal e internacional, a través de instrumentos normativos y políticas eficaces. Al respecto, Humberto Nogueira Alcalá ha señalado:

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma (2010: 80).

Los derechos fundamentales emanan de la dignidad humana, por ende, constituyen un límite al poder, y cualquier conducta que afecte la dignidad de las personas debe considerarse contraria a la Constitución. Esto quiere decir que, un mayor margen de discreción de los poderes públicos en la adopción de acciones para la materialización de los derechos fundamentales genera un mayor riesgo de conductas arbitrarias.

⁷⁵ Consideración y Fundamento N° 11.

Esto sucede básicamente porque, tal como hemos analizado anteriormente, existen normas constitucionales que no siempre le dicen a dichos poderes qué instrumentos de acción deberán emplear para el logro de los fines constitucionales; no obstante, una lectura unitaria de la Constitución permite identificar la existencia de límites que deberán respetarse durante el ejercicio de las potestades públicas y, en especial, durante el desarrollo de planes de acción orientados a la realización de tales derechos.

Estas normas constitucionales suelen contener derechos de naturaleza social, pues la materialización de los mismos no se agota en un mandato definitivo o en una acción concreta, sino que se encuentran muy vinculados con el diseño y la formulación de políticas públicas. Es por ello que las normas constitucionales que contienen dichos derechos tienen la forma de directrices o mandatos de optimización, pues la concreción de los mismos depende en buena cuenta de un estado de cosas en la mayor medida posible, lo cual hace permisible que el cumplimiento de los derechos sociales pueda darse de manera gradual.

Tales son los casos del derecho a la salud: “El Estado determina la política nacional de salud (...)”; el derecho a la educación: “El Estado coordina la política educativa (...)”; el derecho al trabajo: “El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”; el derecho al medio ambiente: “El Estado determina la política nacional del ambiente (...)”; los cuales se encuentran contemplados en los artículos 9°, 16°, 23° y 67° de la Constitución Política del Perú, respectivamente.

Asimismo, el proceso de elaboración de las políticas públicas vinculadas con la realización de los derechos fundamentales también encuentra límites en el respeto de mínimos vitales, por debajo de los cuales las personas simplemente pierden su capacidad de autodeterminación. Efectivamente, a través de estos mínimos se garantizan las condiciones necesarias para que la vida de las personas pueda desenvolverse con dignidad y libertad.

Ahora bien, no toda política pública está dirigida a concretizar en forma directa un derecho fundamental (por ejemplo: la política de descentralización), y no todos los derechos fundamentales dependen para su realización de una política pública (por ejemplo: la libertad de expresión). Sin embargo, para el caso de aquellos derechos

fundamentales que requieren para su concreción de planes de acción pública, es necesario revalorar la conexión de las políticas públicas con los principios constitucionales y los demás derechos fundamentales, y en particular con el principio de dignidad humana:

Además de limitar las políticas públicas, de ser su marco regulador y de servir de instrumento para su implementación, el derecho orienta el contenido de las políticas; esto lo hace a través de la consagración de derechos constitucionales (*rights*).

Recientemente, se ha conjugado el lenguaje de las políticas públicas con el discurso de los derechos en la expresión *políticas públicas con enfoque de derechos* el cual se ha desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente, de manera principal, frente a la garantía de los derechos sociales. (Cano Blandón 2010: 98)

Esta conexión constitucional entre las políticas públicas y la dignidad humana también ha sido planteada por el Tribunal Constitucional del Perú a través de la Sentencia recaída en el Exp. N° 2945-2003-AA:

(...) Debe recordarse (...) que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social. (Fundamento 18)

Qué duda cabe, entonces, que los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, al medio ambiente, de acceso a servicios básicos, entre otros, y su efectiva concreción en la realidad, son fundamentales para que el ser humano mejore su calidad de vida, en especial de aquellos menos favorecidos y que conforman grupos vulnerables. Como señalan Pérez Murcia, Uprimny Yepes y Rodríguez Garavito: “(...) ¿quién puede razonablemente negar que la falta de alimentación, salud, vivienda o educación afecta la dignidad humana y, por ende, disminuye la capacidad de las personas para ser libres y poder operar como ciudadanos autónomos?” (2007: 13).

De esta manera, los medios seleccionados por los poderes públicos para el desarrollo de políticas orientadas a la realización de tales derechos y a la eficacia de los mismos, deben estructurarse sobre ciertos límites que se encuentran constituidos por otros

derechos fundamentales, los cuales son obligatorios referentes normativos y éticos de toda decisión pública.

Por ello, consideramos que toda política pública basada en derechos se encuentra vinculada al respeto de los principios constitucionales, debiendo tener como principal orientación la consagración de la dignidad humana. Este contenido valorativo de carácter vinculante en los procesos de estructuración de las políticas públicas constituye un límite a los poderes públicos que los obliga a colocar a la persona y a sus derechos esenciales en primer orden.

2. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEDIOS DE REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Hemos establecido a través de un análisis doctrinal y sistemático que existe un tipo de normas constitucionales que contienen derechos fundamentales que requieren para su materialización, no de una acción concreta o una medida exacta de satisfacción por parte del Estado, sino de un estado de cosas en la mayor medida posible, haciéndose necesaria una ponderación sobre los medios a emplear para alcanzar los fines prescritos por la norma constitucional.

La doctrina jurídica sobre la estructura de las normas constitucionales ha sido un instrumento valioso en nuestra investigación, pues nos ha permitido construir un nexo argumentativo entre la teoría de los derechos fundamentales y las políticas públicas, demostrando que a través de cierto tipo de normas se generarían obligaciones directas al Estado para el diseño y la formulación de planes de acción concretos orientados al reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales. El contenido de estas normas sería “la razón para la acción que el enunciado proporciona”.

Este es el caso de aquellas normas que Ronald Dworkin en el año 1967 denominó como “directrices políticas”, consistentes en un tipo de estándar que proponen un objetivo a ser alcanzado, relacionado con una mejora económica, política o social de la comunidad. Diríamos que estos enunciados de contenido ético y jurídico prevén condiciones de las cuales se desprenden diversos caminos a seguir, los cuales tendrán que definirse a través de la decisión pública.

Ya sea a través de la tesis de la optimización de los principios planteada por Robert Alexy o de la tesis de los principios en sentido de normas programáticas o directrices planteada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, nos queda bastante claro que existe un tipo de normas constitucionales que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible y de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, por lo que hablamos de normas que pueden ser cumplidas en diverso grado.

Esta estructura normativa de las directrices tiene una vinculación directa con la complejidad que se le atribuye a ciertos derechos fundamentales para su materialización; en efecto, el constituyente no puede ignorar la necesidad que tienen los poderes públicos de contar con determinadas condiciones reales y jurídicas que les permitan lograr que cada vez más las personas puedan acceder a derechos, tales como salud, educación, trabajo, etc. Consideramos que bajo esa lógica se encuentra orientada la redacción de las normas que contienen tales derechos, es decir, en términos que le permitan al Estado un amplio margen de discreción para la selección de los instrumentos de acción que constituirán la política a implementar.

En efecto, existe en el caso de las directrices un amplio margen de decisión y de acción que la norma otorga a sus destinatarios para la elección de los medios idóneos que le permitirán cumplir con el fin prescrito, esto convierte en graduable el cumplimiento de los derechos contenidos en la directrices, así como pasibles de optimización. Vemos que tal cualidad no está presente en otro tipo de normas constitucionales que, por el contrario, requieren para su satisfacción de un cumplimiento pleno (reglas de acción).

Por ello, consideramos que las políticas públicas constituirían adecuados instrumentos de gestión empleadas por las administraciones públicas para la materialización de ciertos derechos fundamentales, en especial de aquellos que se encuentran normados en directrices; y ello debido a que la propia estructura de las políticas públicas le permite al Estado agrupar un conjunto de acciones y decisiones en forma coherente, con participación de otros actores relevantes en dicho proceso, para resolver de manera concreta un problema social que afecta a un determinado grupo de individuos en relación con la protección progresiva y gradual de sus derechos; así como, administrar y asignar de la manera más eficiente los recursos técnicos, humanos, físicos y económicos destinados a tal fin.

No obstante, conviene recalcar que las políticas públicas diseñadas para la materialización de los derechos fundamentales deben ser analizadas no sólo desde sus resultados, sino también desde sus procesos de formulación. Esto tiene que ver con la selección de opciones de política y su fundamentación, con la existencia de espacios de deliberación orientados a identificar plenamente el problema social y su solución o posibles soluciones, y con los mecanismos de legitimación social de tales decisiones. Recordemos que en dichos procesos también se garantizan otros derechos fundamentales.

La exigencia de que la política sea presentada, explicada y justificada ante los ciudadanos y las organizaciones interesadas en ella destaca su carácter político inherente, en la medida en que acentúa la necesidad de comunicarse y ofrecer razones como la condición de su aceptación o, por lo menos, la condición para que no provoque un repudio general que la haga naufragar. (...) En el fondo, no hay factibilidad para una política si esta no es capaz de persuadir a grandes y selectos sectores de la ciudadanía acerca de la necesidad o conveniencia en determinadas circunstancias, utilizando para ello argumentos jurídicos y morales vigentes, datos disponibles y cálculos correctos, pruebas empíricas, demostración de la eficiencia de las tecnologías seleccionadas, refutación de las bondades de acciones alternativas y competidoras. (...) No basta saber o creer que se tiene la razón, hay que convencer de ello. (Majone 1997: 31-32)

Hablar entonces de las políticas públicas, en teoría, es también hablar de un marco institucional que el Estado pone en funcionamiento para resolver una necesidad social existente y real; sin embargo, la realidad nos demuestra que no siempre debemos presuponer que dichas políticas responden al problema tal como es asumido por la población a la que se dirige, es por ello que muchas de estas políticas terminan siendo ineficaces:

(...) las políticas públicas se modifican en sintonía con las variaciones de las circunstancias y demandas sociales. Sin embargo, lo que ha de ser permanente en todo Estado y en todo gobierno es la capacidad y destreza para saber encontrar y diseñar las cadenas de acciones que puedan llevar a efecto, con la mayor eficiencia posible, las situaciones colectivas deseadas, que constituyen los fines inalterables de todo Estado o los objetivos prioritarios de los gobiernos. (Majone 1997: 17)

En ese sentido, el proceso de elaboración de una política pública no puede considerarse algo sencillo, más aún cuando este proceso redundará en la eficacia de dicha política.

Tratándose de un proceso decisorio complejo, le corresponde al Estado tomar el camino que garantice mejor una mayor participación ciudadana y, a su vez, una mayor legitimidad de la política, aunque dicho camino implique un intenso debate político, intercambios ideológicos y la pugna de intereses.

Si bien nuestra tesis no tiene entre sus objetivos elaborar una propuesta teórica para el análisis de las políticas públicas, si nos parece importante identificar las etapas del proceso de elaboración de las políticas, pues a través podemos determinar aquellos elementos que conforman ese núcleo duro que influye directamente en la eficacia o el fracaso de las mismas. Éstos serían: la definición del problema que el Estado quiere resolver, el marco valorativo y normativo que orienta su intervención, y los objetivos que pretende alcanzar.

Si establecemos -como ya se ha hecho desde otros flancos teóricos y prácticos- que el proceso es tan relevante como la política misma, llegaremos a la conclusión que existe un deber de argumentación y persuasión en la formulación de las políticas públicas. Esto, a su vez, nos invita a preguntarnos respecto a los actores y las garantías que el marco institucional democrático brinda a los ciudadanos para exigir el cumplimiento de dicho deber por parte del Estado.

Este nuevo planteamiento teórico -del que el politólogo italiano Giandomenico Majone es uno de sus principales propulsores- no está muy lejos de nuestra realidad, y en particular, cuando se abordan determinadas temáticas sociales. Por ejemplo, en la actualidad vemos que las más fuertes exigencias ciudadanas hacia el Estado para que se implementen mecanismos participativos idóneos y se socialicen las políticas públicas, suelen concentrarse en la temática medioambiental pues por lo general este tipo de políticas públicas tienden a comprometer diversos derechos fundamentales de titularidad difusa o colectiva, tales como el manejo sostenible de los recursos naturales, el libre desarrollo de la personalidad y la identidad.

Asimismo, si bien las políticas públicas constituyen instrumentos de gestión idóneos para la realización de los derechos fundamentales, no podemos obviar que uno de los aspectos que puede influir en la corrupción de dichas políticas es el contexto político y la fragilidad institucional, como ha advertido el politólogo y economista Pedro Medellín Torres. Por ello, la eficacia de las políticas públicas también depende en buena medida

del régimen político existente y del grado de institucionalidad democrática en cada Estado.

Un ejemplo claro de la situación antes descrita la encontraremos en la política pública antiterrorista implementada durante el gobierno de facto de Alberto Fujimori en el año 1992, a través de la cual se cometieron graves violaciones a los derechos humanos por parte del propio Estado, basándose en la llamada “legislación penal de emergencia”. Esta situación motivó diversas demandas ante la jurisdicción interna e internacional⁷⁶.

En ese sentido, consideramos que las políticas públicas son instrumentos idóneos para lograr la materialización de determinados derechos fundamentales; sin embargo, no solo basta con que el Estado se centre en un análisis de resultados sobre las mismas o “reducirse a un simple y refinado ejercicio de costo-beneficio entre diversas acciones de acción en abstracto” (Majone 1997: 27), sino que es necesario que el proceso mismo de formulación, que es decisional, respete el enfoque de derechos e incluya procesos de argumentación, persuasión y mecanismos de legitimación social de la política pública.

3. EL JUEZ CONSTITUCIONAL: UN ACTOR “NO CLÁSICO” EN EL PROCESO DE FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

El Derecho y la Ciencia Política suelen identificar como actores clásicos y tradicionales en la formulación de políticas públicas al poder legislativo, al poder ejecutivo y a los partidos políticos. Sin embargo, algunos estudios y resultados de análisis históricos han demostrado que los altos niveles de corrupción, pocos o inexistentes mecanismos de control político, la falta de capacidad de gestión, la fragilidad institucional y el régimen político -todo lo que podría decirse, por ejemplo, de los escenarios en los que el Perú ha venido desarrollando sus políticas públicas desde la década del ochenta-, influyen de manera directa sobre la capacidad de las cortes o los tribunales constitucionales para controlar y cuestionar las políticas públicas y sus procesos de formulación.

Es de resaltar que la regulación de las políticas públicas por parte de un actor no clásico -como es el Juez- es un fenómeno interesante que se debe estudiar para comprender cómo el desarrollo del Derecho contemporáneo encuentra su justificación en prácticas políticas y cómo la política depende de decisiones jurídicas y constitucionales que

⁷⁶ Respecto a este tema, sugerimos la lectura del fallo del 30 de mayo de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Número: Serie C No. 52.

permitan cumplir los nuevos fines del Estado; como resulta ser la eficiencia (...). (Sierra Cadena 2007: 133)

Los primeros estudios respecto a los jueces como actores participantes dentro del ciclo de las políticas públicas se dieron en la década del cincuenta (Dahl y Shapiro). No obstante, uno de los estudios más recientes que incluyó a los jueces como actores en el proceso de adopción e implementación de las políticas públicas, pero no precisamente como actores relevantes, fue el Informe de Progreso Económico y Social 2006 del Banco Interamericano de Desarrollo titulado “La política de las políticas públicas” (BID, 2006).

Lo cierto es que este tema desde siempre ha generado encuentros desafortunados con los poderes públicos, por ejemplo, en lo que se refiere a las cuestiones políticas no justiciables, las cuales plantean la existencia de determinadas actuaciones exentas de control jurisdiccional, por derivar de las facultades discrecionales que ostentan tales poderes; cuestiones que, incluso, son materia de reserva política por la propia carta constitucional.

Ejemplos de estos casos en nuestra Constitución serían el artículo 70°, respecto a la imposibilidad de cuestionar en la vía judicial los procedimientos de expropiación salvo el valor del justiprecio; el artículo 118°, inciso 21, respecto a la facultad que tiene el Presidente de la República para conceder indultos y conmutar penas; y el párrafo final del artículo 200°, respecto a la imposibilidad de cuestionar la declaración del estado de emergencia y de sitio.

No obstante, si bien existen actuaciones de los poderes públicos que pueden ser discrecionales, ello no implica ni justifica la arbitrariedad, es por ello que un eventual control constitucional de dichas actuaciones que podría vulnerar derechos fundamentales, no hace más que reafirmar la vigencia del Estado Constitucional y el efecto de irradiación de la Constitución.

La posibilidad de que los jueces puedan controlar las decisiones políticas tampoco debe ser interpretada de primera como un quebrantamiento del principio democrático y de la separación de poderes, menos aun cuando la labor de los jueces es salvaguardar la vigencia de los derechos fundamentales, vigilando para ello -en algunos casos- la existente de políticas públicas eficientes.

De igual forma, el establecimiento de criterios para la fijación de un punto medio que garantice una labor jurisdiccional razonable se hace necesario:

(...) la democracia como forma de gobierno se está reorientando hacia un proceso que va más allá de la representación política, donde el juez constitucional toma un protagonismo que aún falta por limitar y definir bajo una relectura de los poderes públicos (...). (Sierra Cadena 2007: 150)

Asimismo, los órganos de justicia constitucional son instancias de cierre relevantes para la delimitación y protección de los derechos fundamentales, aunque éstos se encuentren desarrollados a través de políticas públicas, y signifique el surgimiento de relaciones conflictivas con otros poderes.

Actualmente se habla de la relación inversamente proporcional entre la justicia constitucional y las políticas públicas, debido a la jurisprudencia existente en diversos contextos sociales que dan cuenta de la intervención del juez constitucional ante la ineficacia de ciertas políticas públicas: “(...) en la medida en que las políticas públicas contribuyan al pleno ejercicio de los derechos, la población tendrá menos motivos para acudir a los mecanismos judiciales para reclamarlos” (Pérez Murcia 2007: 75).

En ese sentido, la existencia de políticas públicas eficientes y con enfoque de derechos puede en cierta medida evitar que las personas interpongan acciones judiciales solicitando la protección de sus derechos fundamentales. Por otro lado, el incremento de las causas judiciales que cuestionan los instrumentos de acción del Estado para la protección de los derechos, puede ser un indicador de la falta de políticas públicas eficientes: “(...) la garantía y protección de los derechos fundamentales, amplían el campo de intervención de la jurisdicción constitucional, obligando a desarrollar una visión de la separación de poderes más allá de la institucional” (Sierra Cadena 2011: 77).

Al respecto, Rodolfo Arango ha señalado que: “(...) Los problemas de acceso a instancias de decisión política impiden a la población ganar el reconocimiento de los derechos sociales en la arena política (...). En contextos de crasa desigualdad, un activismo judicial a favor de los derechos sociales no sólo es bienvenido sino también aconsejable (...)” (2009: 9); en cambio: “(...) Para la teoría constitucional de sociedades donde los derechos sociales han tenido un desarrollo legislativo y un reconocimiento

efectivo por parte de la administración pública, en particular los Estados sociales europeos, es difícilmente comprensible el apalancamiento y el activismo de la jurisdicción constitucional para la realización de los derechos sociales” (2009: 12).

Es por ello que, sujetos antes reconocidos únicamente como “guardianes de la legalidad” han ingresado a cuestionar los procesos de toma de decisiones de los gobiernos, sugiriendo en muchos casos cambios estructurales en las políticas públicas. Este ha sido el caso del juez constitucional: “La implementación de políticas públicas constituye el instrumento por excelencia para lograr la eficacia normativa de los derechos constitucionales, especialmente de los llamados derechos sociales, lo cual, hasta ahora, ha sido más una labor de los jueces constitucionales que de los órganos democráticos” (Cano Blandón 2010: 88).

¿El juez constitucional ha tenido y tiene una intervención relevante en los procesos de elaboración de las políticas públicas? En efecto, no nos cabe duda de ello. Este debate respecto al rol de las cortes o los tribunales constitucionales como instituciones capaces de crear o cuestionar políticas públicas ha sido, desde la década del cincuenta, materia de análisis por autores norteamericanos como Robert Dahl y Martin Shapiro. La respuesta a tal interrogante en nuestra tesis se ha construido a partir del análisis jurisprudencial sobre el papel que han desempeñado ciertas cortes en la concreción de los derechos sociales, tales como la Suprema Corte de Estados Unidos, la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y el Tribunal Constitucional del Perú.

La afirmación de que el juez constitucional constituye un actor relevante en el proceso de formulación de las políticas públicas es reflejo de lo que él ha significado para enmendar aquellas políticas públicas que, habiendo sido diseñadas en virtud de la discrecionalidad y las amplias potestades que tiene el Estado, vulneran los derechos fundamentales. Pero además, la labor del juez constitucional constituye una garantía institucional que le brinda al ciudadano la posibilidad de exigir al Estado la creación e implementación de políticas públicas acordes con el sistema de protección de derechos:

(...) un Nuevo Derecho se construye para responder a la noción de eficiencia en la administración, en la sociedad y en las políticas públicas. El Derecho, a través del juez constitucional y su control de la ley, se transforma en una estructura y en un actor activo para la elaboración y la puesta en obra de políticas públicas "eficientes"; a través del

desarrollo de una concepción jurídica flexible y adaptable del mismo (...). (Sierra Cadena 2007: 142)

De seguro que podrán existir muchos caminos y de diversa índole para cuestionar políticas ineficientes; no obstante, la práctica de la justicia constitucional ha venido demostrando que ella puede desempeñar un papel relevante en el análisis y el control de las políticas públicas, en la adopción de cambios institucionales y en la reparación de derechos de naturaleza colectiva.

En este ámbito, la labor de los jueces constitucionales se ha posicionado como un mecanismo de revisión de los procesos de toma de decisiones para el cumplimiento de directrices constitucionales, que busca desvincular la materialización de los derechos fundamentales de la voluntad política y del legislador tardío. Esta intervención se viene acrecentando con respecto a los derechos sociales, tales como la salud, la educación y el medio ambiente; asimismo, las esferas comprometidas ya no son únicamente las normativas, sino también las de índole económica, presupuestal o prestacional.

No obstante, también debemos admitir que a pesar que el papel de las cortes constitucionales ha sido protagónico en la transición de los Estados a sistemas democráticos, los estudios académicos sobre el rol de las cortes constitucionales en el ámbito de las políticas públicas y su interacción con los actores responsables de su formulación son escasos, por lo que la discusión del tema aún se encuentra en una etapa temprana en América Latina⁷⁷.

Por ello es necesario ir generando una construcción teórica que empiece por reconocer la existencia de derechos fundamentales que requieren para su materialización del diseño y de la implementación de políticas públicas, y que tales derechos se encuentran contenidos en normas constitucionales denominadas “directrices” que le otorgan a los poderes públicos amplios márgenes de discrecionalidad para la selección de los instrumentos de acción de dichas políticas. Esto constituye un punto de partida relevante para empezar a debatir el control constitucional de las políticas públicas en el Estado Constitucional.

Asimismo, el análisis jurisprudencial efectuado en nuestra investigación nos invita a cuestionar aquellas posiciones que desde siempre han reservado el análisis y la discusión

⁷⁷ Se podría decir que Colombia es el país que tenido un mayor desarrollo académico y jurisprudencial respecto al papel de la Corte Constitucional como ente regulador y supervisor de la ejecución de políticas públicas.

de las políticas públicas a la competencia exclusiva de los politólogos, economistas y estadistas: “(...) ha predominado el enfoque economicista que prioriza la simpleza del análisis presupuestario y pasa por alto que quien diseña o ejecuta una política pública no sólo necesita sacar adelante una acción eficiente sino, además, democráticamente construida y orientada hacia el cumplimiento de los derechos constitucionales” (Cano Blandón 2010: 99).

De esta manera, el juez constitucional se ha ido consolidando como un actor capaz de analizar y cuestionar el proceso de formulación de las políticas públicas, desarrollando un concepto amplio de gobernanza que va más allá de la idea de “costo-beneficio”. Es por ello que tanto la teoría de las políticas públicas como la teoría de los derechos se han visto obligados a replantear sus nexos en el marco del Estado Constitucional, generándose con esto una incidencia importante de los jueces constitucionales en el ámbito de las políticas públicas.

Consideramos que ningún extremo ideológico en esta cuestión puede brindarnos la objetividad debida para analizar el papel del juez constitucional en el proceso de elaboración de las políticas públicas, por ello no nos adherimos a tesis como las que promueven la judicialización de la política. Esto podría justificar mayores debates sobre lo tratado hasta aquí respecto a la posible invasión injustificada de espacios entre el Derecho y la política, poniendo en peligro la separación institucional de los poderes públicos.

Por ello, si bien planteamos la necesidad de que existan mecanismos de control de las políticas públicas desde una determinada noción de Constitución, de principios y de democracia, consideramos que dicho control debe estar sujeto a límites razonables:

(...) esta actuación loable de los jueces (...) no debería convertirse en un patrón de actuación regular, aceptado y generalizado. Cuando los jueces asumen la política de ordenar políticas públicas, fijar plazos, responsables y contenidos para la misma, nos encontramos frente a una situación que debería ser remedial, residual y temporal. Remedial en la medida en que ocurre ante la inactividad de los órganos democráticos en la materia; residual porque la actuación judicial en políticas públicas debería ser subsidiaria en el proceso de construcción de las mismas; y temporal porque la democracia exige que los asuntos importantes para una sociedad sean debatidos abierta y públicamente (Cano Blandón 2010: 102).

Habiendo reconocido el papel del juez constitucional como un actor no clásico en el proceso de formulación de las políticas públicas ¿es posible señalar que éste ha tenido una incidencia favorable en la protección de los derechos fundamentales? En efecto, desde las experiencias jurisprudenciales analizadas en el capítulo anterior, las cortes constitucionales han mostrado la capacidad suficiente para llevar a cabo el análisis de políticas públicas y para recomendar a los Estados la adopción de cambios estructurales en las mismas, así como en la creación de nuevos planes de acción para la atención de problemas sociales no demarcados.

Los efectos que han tenido las decisiones judiciales analizadas en sus respectivas temáticas, mostraron que la incidencia de la jurisprudencia constitucional se puede dar en la fase de identificación del problema, por lo que esto puede derivar en una recomendación al Estado para la formulación de una nueva política pública; y en la fase de formulación y decisión del programa de la política, pudiendo disponer la eliminación de uno de los instrumentos de acción que conforman las políticas existentes, con la consiguiente recomendación para la reformulación de algunos de sus aspectos estructurales.

Esto demuestra que la intervención del juez constitucional puede lograr tanto la modificación de los aspectos teóricos de la política (definición del problema), como la modificación de sus instrumentos de acción y operativos (diseño de la política). Lamentablemente, los estudios doctrinales respecto al desarrollo de la labor de los jueces constitucionales en el ámbito de las políticas públicas todavía son escasos, a pesar que existe una práctica frecuente que hace necesario -entre otros aspectos- el establecimiento de criterios que fijen los parámetros de actuación de los jueces en esta materia.

4. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: GENERANDO GOBERNABILIDAD DESDE LAS CORTES.

No es posible albergar en el ámbito doctrinal del Derecho Constitucional el control constitucional de las políticas públicas, así ésta sea una práctica jurisprudencial de algunas cortes o tribunales constitucionales, si antes no hemos intentado desarrollar una teoría normativa de las políticas públicas orientada a abordar algunos aspectos del poder político y de la acción pública. Cabe señalar que éste ha sido el propósito de los temas abordados en los primeros capítulos de la presente investigación, siendo que el estudio

de las directrices constitucionales ha significado un punto de partida capaz de vincular eficazmente el control constitucional y la discrecionalidad en el proceso de toma de decisiones de los poderes públicos.

Ahora bien, desde un enfoque jurídico es posible decir que cuando el artículo 9° de la Constitución Política del Perú establece que “El Estado determina la política nacional de salud (...)”, el artículo 16° que “El Estado coordina la política educativa (...)”, el artículo 23° que “El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”, y el artículo 67° que “El Estado determina la política nacional del ambiente (...)”, y en la práctica no existen políticas públicas adecuadas para alcanzar los fines prescritos por la Constitución, la actuación de los poderes públicos atenta contra el orden constitucional y los derechos fundamentales que ella protege:

(...) cuando el sujeto normativo de una directriz no realiza las acciones oportunas y eficientes para alcanzar el objetivo prescrito incumple el mandato contenido en la norma, por lo que, naturalmente, si ésta tiene un rango constitucional incumple, entonces, un mandato constitucional. (Larrañaga 2009: 84)

Dentro de este enfoque jurídico también se encuentran las obligaciones internacionales que asume el Estado en la formulación de políticas públicas eficientes para la satisfacción de los derechos fundamentales. De esta forma, una omisión por parte de los órganos democráticos en adoptar medidas económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente y por todos los medios apropiados la plena efectividad de los derechos, puede derivar en una petición judicial, de conformidad con el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En efecto, el marco normativo internacional de protección de los derechos humanos es una fuente jurídica importante para el establecimiento de supuestos mínimos exigibles y características esenciales de los derechos, tales como la progresividad, accesibilidad, aceptabilidad, disponibilidad, adaptabilidad, etc., los cuales constituyen criterios de control del cumplimiento de los derechos que son desarrollados a través de políticas públicas.

Por otro lado, desde un enfoque extra-jurídico, cabe señalar que una de las corrientes disciplinarias que tiene entre sus preocupaciones la eficiencia de los gobiernos y la práctica de las administraciones públicas es el Análisis de las Políticas Públicas, la cual centra su atención en el proceso de toma de decisiones del gobierno y en la organización institucional.

Dicho análisis ha podido identificar que los procesos de elaboración de las políticas públicas están sujetos a muchas limitaciones, sin embargo, éstas siempre se han entendido en términos ejecutivos y presupuestales, olvidándose de aquellos límites de tipo sustancial:

Reconocer la existencia de restricciones, en el sentido preciso de condiciones que limitan la libertad de elección del *policymaker*, es algo saludable en sistemas políticos en los que se cree que el gobierno puede hacer y lograr todo y se llega hasta desear gobiernos fuertes con gran libertad de acción: un gobierno libre y activo frente a una sociedad pasiva y achicada. Sin embargo, en los hechos, ni la política ni el gobierno son empresas de libertad absoluta, irrestricta. Los gobiernos no operan en el vacío. Enfrentan límites legales, políticos, e informativos; actúan con recursos públicos escasos y por medio de burocracias que tienen sus propias inercias e intereses; están sujetos a condicionamientos internacionales, a la presión de poderosos grupos de interés y a la crítica de las organizaciones políticas de oposición. Son precisamente las restricciones que pesan en la elección de las políticas públicas las que ocasionan que se valore en el análisis de políticas la factibilidad más que la optimización; ¿cuál es la mejor vía de acción para un problema público bajo las restricciones que afectan su tratamiento? (Majone 1997: 29)

Al respecto, las sociedades y las administraciones públicas han empezado a asimilar que los límites que afrontan los procesos de elaboración de las políticas públicas también son de naturaleza constitucional, más aún cuando ellas tienen por objeto el cumplimiento de directrices y la materialización de los derechos fundamentales. Y en general, puede decirse que toda política pública está sujeta a los principios y derechos que contempla la Constitución, tales como la dignidad humana y la igualdad: “(...) Si las políticas de gobierno no tienen el propósito de cerrar las brechas de la desigualdad, es difícil otorgarles la calidad de públicas” (Majone 1997: 31).

En este punto, los enfoques jurídicos como extra-jurídicos se encuentran en un mismo plano argumentativo para desarrollar una teoría que justifique el control de las políticas públicas por parte de las cortes y los tribunales constitucionales.

Siendo que el Derecho orienta el contenido y la política de las políticas públicas a través de la consagración de los derechos constitucionales como límites, la judicialización -a través de las garantías procesales que establece el sistema jurídico- de aquellos casos en los que se incumpliesen dichos límites, colocaría al juez constitucional frente al dilema de restringir su interpretación para evitar colisiones con el ejercicio del poder público, o ir más allá e intervenir para determinar las actuaciones correctivas del poder.

Lo cierto es que en aquellos casos en los que el juez ha tenido una participación activa -llegando a ordenar la formulación o reformulación de una política pública y derivando ello en una incidencia real y positiva en derechos fundamentales como la vida, la salud, el medio ambiente, etc.- ha sido posible advertir el surgimiento de un sentimiento de “governabilidad”⁷⁸ propiciada desde el ámbito jurisdiccional.

En efecto, para Grenfieth Sierra Cadena el juez constitucional puede generar gobernabilidad a través de su jurisprudencia siendo un actor contramayoritario, ya que su naturaleza de contrapoder -que genera innumerables críticas por una supuesta falta de legitimidad democrática- le permite poder revertir imposiciones de tipo mayoritario, limitar el poder y exigir el enfoque de derechos en los planes de acción que pretenden la concreción de los derechos fundamentales.

Asimismo, la práctica de la jurisprudencia constitucional es una muestra valiosa de cómo ella ha logrado sortear aquellos puntos que resultaban irreconciliables entre la protección jurídica de los derechos fundamentales y el concepto de políticas públicas. Desde el ámbito doctrinal, la política de las políticas públicas da testimonio de una nueva relación entre el discurso de los derechos y la perspectiva económica y presupuestal que busca la eficiencia de las políticas públicas.

Esta práctica jurisprudencial en el análisis y control de las políticas públicas a través de las cortes y los tribunales constitucionales viene demostrando que -tal como ha referido

⁷⁸ La gobernabilidad es un criterio de análisis sobre la gestión de los gobiernos desarrollado por las democracias liberales, que se traduce en una situación o en un estado de equilibrio duradero entre las demandas sociales y la capacidad del Estado para responder de manera oportuna y eficaz dichas demandas (Sierra Cadena 2011: 68).

Sussana Pozzolo- el constitucionalismo ha extendido sus alcances hacia el ámbito de las políticas públicas y la gestión de los recursos. Esto nos plantea la siguiente interrogante: ¿existe un derecho subjetivo al diseño, a la formulación y a la implementación de políticas públicas eficientes para la realización material de los derechos fundamentales?

Si bien es en el ámbito doctrinal y normativo donde identificamos el desarrollo y el reconocimiento de los derechos sociales, su efectivo reconocimiento en las esferas individual y colectiva ha sido logro de la jurisprudencia constitucional. Y siendo que las políticas públicas son instrumentos de gestión adecuados para la materialización de los derechos sociales, es posible que tales acciones públicas sean materia de control por la justicia constitucional frente a vulneraciones de relevancia jurídica, lo cual rompe con las clásicas ideas liberales respecto a la naturaleza programática y no justiciable de los derechos sociales:

Se transforma, entonces, el juez en un actor que detenta la capacidad de definir la forma de distribución de los bienes sociales y limitar derechos en el momento de regular la estructura normativa de las políticas públicas y realizar la readecuación interpretativa de la norma desde el análisis jurisprudencial de los antecedentes y los principios constitucionales. Significa que la jurisprudencia constitucional construye un concepto distributivo de los bienes. Es un proceso de adecuación constitucional de la acción y de la decisión administrativa. Esto sin duda es polémico, ya que las políticas públicas son mandatos objetivos para la administración y se encuentran dentro de su esfera de decisión de hacer o no hacer, algunos autores consideran que el juez debe solo cumplir una función de constatación de la ley -en tanto norma jurídica- dictada por el legislador y el control de constitucionalidad [se] debe limitarse a la verificación argumentativa y retórica de esta, sin mayores inclusiones en el campo de la política y menos del gobierno. (Sierra Cadena 2011: 87)

Admitir la justiciabilidad de los derechos sociales en el ámbito de la doctrina constitucional, facilita el camino hacia una argumentación jurídica que justifique el control constitucional de las políticas públicas, en tanto éstas son instrumentos de gestión adecuados para la materialización de tales derechos:

(...) El voto de confianza hacia el derecho constitucional (comparado), la doctrina y la jurisprudencia de los organismos y tribunales nacionales e internacionales, así como el aumento de la sensibilidad en la doctrina jurídica sobre la pobreza, la exclusión y la inequidad, permiten vislumbrar nuevos campos de investigación, con importantes

aplicaciones en el diseño, en la ejecución y en el control de las políticas públicas de derechos sociales. (Arango: 2009: 17)

Cabe señalar que los fundamentos desarrollados en la presente tesis referidos a la legitimidad de la justicia constitucional para llevar a cabo el control de las políticas públicas e intervenir en el proceso de formulación de las mismas, pretenden sumarse a los desarrollos jurídicos que al respecto ha tenido la jurisprudencia constitucional.

En efecto, la justicia constitucional comparada y nacional ha establecido un importante referente jurisprudencial sobre el concepto de políticas públicas y la existencia de un derecho subjetivo a las políticas públicas como correlato de la justiciabilidad de los derechos sociales. Este ha sido el caso, por ejemplo, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la cual a través de la Sentencia T-760/2008 ha efectuado un amplio desarrollo doctrinal sobre el tema de las políticas públicas, estableciendo que:

(...) se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas.

Asimismo, en dicha sentencia la Corte Constitucional de Colombia estableció las condiciones necesarias para que una política pública pueda ser considerada eficiente y construida democráticamente, reconociendo -a opinión de la doctrina jurídica- la existencia de un derecho subjetivo a las políticas públicas para el desarrollo de los derechos de carácter prestacional:

(...) la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional.

(...) La primera condición es que la política efectivamente exista. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, como se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, cuando ni siquiera se cuenta con un plan para progresivamente cumplirla (...).

(...) La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. (...) Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable” (...).

(...) La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática. (...) En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) ‘que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan’, o (ii) ‘que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente.’ (...)Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar.

(...) En conclusión, la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados (...).

En ese sentido, la justicia constitucional colombiana ha establecido que a través del ejercicio del derecho subjetivo a las políticas públicas es posible solicitar la intervención de la Corte Constitucional para ordenar la formulación o reformulación de políticas públicas, cuando los órganos democráticos incumplen su deber de garantizar la materialización de los derechos fundamentales a través de tales instrumentos de gestión. Y aunque dicho derecho no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución Política de la República de Colombia de 1991, tal creación vía jurisprudencial es posible en virtud del artículo 94° (derechos innominados) de dicha carta constitucional⁷⁹:

(...) la Corte estaría creando, vía jurisprudencial, un derecho subjetivo a políticas públicas (...) al señalar que la faceta prestacional de un derecho le permite al titular

⁷⁹

Este artículo contempla una regulación semejante a la que contiene el artículo 3° de la Constitución Política del Perú, denominada por la doctrina constitucional como la “cláusula de derechos implícitos”, que permite la creación de nuevos derechos fundamentales a través de la jurisprudencia constitucional.

exigir judicialmente que se diseñe una política pública dirigida a la satisfacción de su derecho y en la cual ese titular pueda participar.

(..) Sin embargo, es preferible sostener que el juez constitucional ordena y/o hace control constitucional a las políticas, en lugar de participar activamente en su planeación. Del hecho de que la Corte Constitucional haya participado en la planeación de políticas públicas reiterativamente no se deriva que deba hacerlo de manera regular y generalizada pues tal generalización desestimula el debate democrático y la movilización ciudadana por la protección de los derechos. (Cano Blandón 2011: 110-111)

Consideramos que plantear la posible existencia de un derecho subjetivo a las políticas públicas podría generar algunos inconvenientes de tipo jurídico. En principio, obligaría a reconocer que todos los ciudadanos en virtud a dicho derecho tendrían el poder jurídico para demandar, sobre la base de un interés individual o colectivo, la formulación o reformulación de una política pública. Bajo este razonamiento, sería posible ver al Tribunal Constitucional resolviendo demandas de tutela de derechos en las que se exija que el Estado diseñe o implemente una política pública para promover, por ejemplo, la libertad de expresión o la libertad de asociación, pues existirían variadas interpretaciones respecto a qué derechos requieren de este tipo de acciones para su materialización.

Abrir esta posibilidad podría conllevar a una siguiente complicación, consistente en desvincular este tipo de planes de acción, primero, con determinados derechos fundamentales cuyo carácter prestacional hace necesario que el Estado articule políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución de todos los objetivos sociales trazados; y segundo, con un determinado tipo de normas constitucionales conocidas como directrices, que mandan a los poderes públicos el despliegue de un conjunto de acciones con la finalidad de establecer un estado de cosas ordenado por el precepto constitucional, con fines de desarrollo social.

Nuestro planteamiento sugiere la posibilidad de que los jueces constitucionales controlen las políticas públicas, así como la posibilidad de que los ciudadanos puedan solicitar dicho control vía un proceso constitucional de tutela de derechos, en tanto la existencia de estas políticas forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados, y porque sin ellas tales derechos no podrían

lograr una eficacia normativa y real, como sucede con los derechos de carácter prestacional o los derechos sociales.

Tal interpretación incluso podría desprenderse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, el cual a través de la Sentencia recaída en el Exp. N° 0033-2010-PI/TC estableció que existe una competencia de las tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad de los derechos sociales, verificando (i) la existencia de políticas públicas debidamente estructuradas, (ii) la ejecución de dichas políticas en plazos razonables, (iii) que hayan sido elaboradas respetando el enfoque de derechos, (iv) que incluyan indicadores de evaluación sobre la transparencia en la ejecución presupuestal, y (v) la existencia de espacios de participación para la intervención y control de los ciudadanos durante el proceso de elaboración de las políticas (Fundamento 29).

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional no se estaría refiriendo a un derecho subjetivo a las políticas públicas, sino a la importancia de garantizar la eficacia progresiva de los derechos sociales, siendo necesario para ello la formulación e implementación de políticas públicas eficientes y la posibilidad de un eventual control constitucional de las mismas. De esta manera, el control constitucional de las políticas públicas respondería a una práctica jurisprudencial que se sustenta, no en un derecho subjetivo, sino en la correspondencia que tienen dichas acciones con el contenido esencial y la naturaleza prestacional de los derechos fundamentales.

Un logro jurídico sumamente importante en esta argumentación -que considera a las políticas públicas como parte del contenido esencial de ciertos derechos, y por ende, factible la exigibilidad judicial de las mismas- es que puede reducir el riesgo de que los derechos sociales se conviertan en utopías irrealizables, debido a la espera que suelen atravesar para su eventual desarrollo progresivo en el ámbito político y legal.

5. RIESGOS Y LÍMITES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

La posibilidad de institucionalizar un mecanismo que autorice a los jueces constitucionales a controlar decisiones políticas, como las que lleva consigo el diseño y la implementación de las políticas públicas, puede ser interpretada como una amenaza o una vulneración del principio democrático y de la separación de poderes.

Sin embargo, aún sin una pauta formal, esta situación en nuestra práctica jurisprudencial se ha presentado; y cuando ha sido así, la resolución no ha estado exenta de críticas, en especial por parte de quienes se niegan a ver con buenos ojos que un mandato jurisdiccional pueda imponer correctivos de carácter político, más aún si dicha práctica carece de un respaldo argumentativo y doctrinal asentado.

No obstante, el riesgo de caer en extralimitaciones judiciales que podrían vulnerar principios de carácter constitucional existe, está presente, y puede materializarse. Ejemplos de esto podemos verlos en las Sentencias recaídas en los Expedientes N° 02005-2009-PA/TC (caso de la Píldora del Día Siguiente) y N° 3116-2009-PA/TC (caso Cementos Lima), en los que, tras un análisis de razonabilidad de las motivaciones dadas por el Tribunal Constitucional, es posible cuestionar -a la luz del Derecho Constitucional- sus fundamentos.

En este análisis conviene tener presente como principio básico que la intervención de la justicia constitucional en las políticas públicas a través del control constitucional, no puede considerarse una actividad regular, pues la misma se encuentra reservada a ciertos actores clásicos o tradicionales, como son el poder legislativo, el poder ejecutivo y los partidos políticos. De esta manera se garantiza la posibilidad del debate de las políticas públicas en los ámbitos de deliberación democrática y la protesta social para la protección de los derechos fundamentales.

Es por ello que la intervención de los jueces en el ámbito de las políticas públicas debe entenderse como un mecanismo de remediación ante la omisión estatal, las deficiencias del Estado y la posible vulneración de los derechos fundamentales. Al respecto, Sierra Cadena sostiene que:

El juez constitucional está ubicado fuera de la primera esfera de creación y de planificación de las políticas públicas, él no está llamado a crear políticas públicas, pero sí a verificar la constitucionalidad de su marco normativo. La acción del juez constitucional está, desde el comienzo, limitada a operaciones de control. Pero en la práctica y en la realidad política, el juez constitucional va más lejos (...) deviene en un actor determinante para aplicar las políticas públicas y en especial frente al desarrollo de los derechos sociales, en el cual condiciona y orienta su ejecución.

Es importante resaltar que, si bien el juez constitucional interviene en el proceso de formulación de las políticas públicas, esta intervención se hace en el marco de un ejercicio de control y no de una intervención directa, y principalmente cuando se ha podido constatar que la omisión o actuación de los poderes públicos estaría vulnerando o poniendo en riesgo derechos fundamentales.

Bajo esa lógica, no podemos creer que los jueces sustituyen a los poderes políticos en la elección y el diseño de las políticas públicas que tienen por finalidad la materialización de los derechos fundamentales, pues ellos, como señalan Abramovich y Courtis, se limitan a examinar la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción (2006: 71).

Para esto, la intervención de la justicia constitucional debe estar debidamente justificada y fundamentada en razones de derecho, a efectos que estas razones puedan sobrellevar posibles oposiciones que cuestionen este control constitucional, calificándolo como una interferencia en los procesos de toma de decisiones del sistema democrático y de las facultades privativas del poder político.

Ahora bien, ¿cuáles son los límites del control constitucional de las políticas públicas? Consideramos que sólo responderemos esta pregunta si antes establecemos qué puede ser materia de control, pues si bien es posible el análisis de los aspectos regulativos y normativos que conforman las políticas públicas, en muchos casos dicho análisis deberá centrarse en la toma de decisiones y en las acciones ejecutadas.

En efecto, siendo que el enfoque de derechos -tanto en el contenido como en el proceso de formulación de las políticas públicas- es transversal a cuestiones de asignación presupuestal, cobertura, naturaleza de las acciones y el plazo de ejecución -los cuales además son aspectos relevantes que inciden en la eficacia de las políticas-, éstos deberían ser materia de control.

Recordemos, por ejemplo, que desde la experiencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, que ha sido analizada en el capítulo anterior, se ha entrado a controlar aspectos de carácter presupuestal y relacionados con la naturaleza de las acciones ejecutadas. Esto se dio, por ejemplo, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC en la que se analiza la política de salud concerniente a la prevención y protección contra el SIDA, pues aún faltaban acciones concretas por parte del Estado

para garantizar el acceso gratuito al tratamiento antirretroviral, tales como la provisión presupuestal necesaria al sector salud y la habilitación del programa en los centros médicos públicos.

Así también, el Tribunal Constitucional ha controlado aspectos referidos a la cobertura de la política pública y de índole presupuestal, como sucedió en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0033-2010-PI/TC en la que se analizó la política pública de aseguramiento universal en salud, debido a la existencia de enfermedades de alto costo que no estaban siendo incluidas en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud, pues la norma lo restringía a un plan limitado de cobertura de las necesidades de salud de los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo. Dicha resolución dispuso el financiamiento de estas enfermedades con el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL), así como la creación de un plan de contingencia progresivo que permita cubrir las enfermedades de alto costo de los afiliados independientes de EsSalud y un plan de contingencia para los casos en que se supere el límite máximo de prestaciones establecidas en el PEAS.

Otro aspecto que también ha sido materia de control por el Tribunal Constitucional ha sido la naturaleza de las acciones adoptadas por el Estado para la ejecución de la política pública, tal como sucedió en la Sentencia recaída en los Exp. N° 0020-2005-PI/TC y N° 0021-2005-PI/TC (acumulados) en la que se analizó la política pública contra el tráfico ilícito de drogas y el cultivo de la hoja de coca por parte del Estado peruano. Es de resaltar la exhortación que efectuó dicho Tribunal al Presidente de la República a efectos que reevalúe la política nacional e internacional antinarcoóticos para hacerla más eficiente y acorde al derecho y la realidad nacional; y al Congreso de la República, a fin que establezca un régimen de licencias para la comercialización de la hoja de coca y sus derivados, manteniendo una entidad con eficaces funciones de control.

Por último, otro aspecto controlado por el Tribunal Constitucional ha sido la razonabilidad del plazo para el diseño y ejecución de la política pública, como se dio en la Sentencia recaída en los Exp. N° 2002-2006-PC/TC en la que se analiza la falta de una política pública para implementar un sistema de emergencia que proteja, recupere y rehabilite la salud de la población contaminada con plomo en la sangre en La Oroya. En ella, el Tribunal estableció que el Estado peruano no había cumplido con diseñar en un

plazo razonable una política pública orientada a dar una solución integral al grave problema de contaminación en La Oroya, y en todo caso, sólo existían acciones menores y desarticuladas que no tuvieron ningún impacto en la mejora de las condiciones de salud de dicha población. Es por ello que el Tribunal Constitucional ordenó al Estado un conjunto de acciones claves que bien delineaban una nueva política pública, para ser diseñada y ejecutada en plazos determinados por el Estado.

Conforme a lo expuesto, podríamos decir que estos cuatro aspectos constituirían legítimos parámetros del control constitucional de las políticas públicas, lo cual no excluye la posibilidad de que a través de la casuística analizada por el Tribunal constitucional puedan presentarse otros supuestos que habilitarían dicho control. Éste no busca incidir en la discrecionalidad que las directrices han reservado al poder político, sino únicamente en aquellos actos de los poderes públicos que transgredirían las normas constitucionales.

Por eso, la simple escasez de recursos no puede considerarse un motivo de por sí válido para justificar el retraso en la ejecución de una política pública, si durante el control constitucional no se demuestra que aún con la escasez de recursos, el Estado eligió los instrumentos de acción más idóneos para que el presupuesto asignado sea empleado de la manera más eficiente: “(...) en cada momento y dado un determinado conjunto de medios disponibles, el sujeto normativo de una directriz podrá configurar un conjunto determinado de acciones oportunas de modo que dé lugar al objetivo prescrito *en la mayor medida de lo posible*. A esta dimensión de las directrices le podemos llamar *dimensión de eficiencia*” (Larrañaga: 2009: 83).

Así también, otra situación habilitante se daría cuando los medios seleccionados (instrumentos de acción) no son idóneos para lograr los fines prescritos por el mandato constitucional, o trasgreden otros fines constitucionales. Esto obligaría a que el Estado deba llevar a cabo tareas de priorización de los fines constitucionales para el logro de los objetivos que establecen las directrices.

Debemos tener presente que la priorización de fines es el resultado de la discrecionalidad que ejercen los destinatarios de las directrices, es decir, el poder político; por lo que es posible que los jueces constitucionales controlen el ejercicio de dicha discrecionalidad.

Un último supuesto nos lleva a abordar la doctrina de la “inconstitucionalidad por omisión” o el también llamado “control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, a efectos de determinar si éste podría tener alguna vinculación con aquellas situaciones en las que el Estado no ha cumplido con desarrollar una política pública, a pesar que existe un mandato constitucional (directriz) que así lo ordena.

La importancia de este análisis radica en que para nosotros la falta de una política pública para la materialización de un derecho fundamental representa una barrera para el desarrollo de ciertos grupos humanos y el incumplimiento de una obligación constitucional, en la medida que las políticas públicas en materia social focalizan la acción pública y determinados recursos para la satisfacción de condiciones mínimas que aseguren una vida digna a las personas.

La doctrina jurídica sobre la inconstitucionalidad por omisión considera que las cortes y los tribunales constitucionales tienen la facultad de intervenir frente al silencio u omisión de la autoridad pública, la cual deviene en una inconstitucionalidad por incumplir la obligación impuesta por la Constitución de *regular y normar* un precepto constitucional. Sin embargo, como bien sabemos, el proceso de formulación de una política pública no se agota en aspectos meramente normativos, aunque tales aspectos integren en forma relevante sus primeras etapas. Al respecto, Luz Bulnes señala:

La declaración de la inconstitucionalidad por omisión se traduce generalmente en la constatación por el órgano jurisdiccional de la inercia del legislador de dar cumplimiento a la obligación constitucional de dictar leyes ordinarias que desarrollen preceptos constitucionales de manera que dichos preceptos se tornan ineficaces o en las recomendaciones que frente a estas situaciones el Tribunal formula al legislador. (...) La Constitución puede establecer principios y preceptos que impongan al legislador la obligación de establecer normas que los desarrollen. Esta obligación puede estar señalada en forma expresa o puede resultar de su propia naturaleza. (2006: 252)

En otras palabras, si en el proceso de inconstitucionalidad se demanda la anulación de una norma con rango legal por ser contraria a la Constitución, en un proceso de inconstitucionalidad por omisión se demanda ante la jurisdicción constitucional para que mediante una intervención positiva logre que el poder legislativo emita las normas necesarias para dar eficacia a un precepto constitucional.

(...) la inconstitucionalidad de una omisión exige constatar que el legislador ha incumplido la obligación que la Constitución le exige de dictar un texto legislativo con el que dar adecuada respuesta a un mandato constitucional o con el que posibilite la plena eficacia de una determinada previsión constitucional, incumplimiento que se ha prolongado en el tiempo más allá de un “plazo razonable”, pero también exige verificar de igual modo que la ausencia de esa normación “constitucionalmente debida” ha propiciado la vigencia de normas preconstitucionales en contradicción con los mandatos constitucionales, o que se ha producido una situación en las relaciones jurídico-sociales inequívocamente opuesta a las previsiones de la Constitución. (Fernández Segado: 2009: 34)

Respecto a la inconstitucionalidad por omisión y la posibilidad de su control por el juez constitucional -figura procesal existente en otros sistemas constitucionales como Portugal, Alemania, Italia, España, Brasil, Venezuela y Costa Rica-, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado ampliamente en la Sentencia recaída en el Exp. N° 006-2008-PI/TC, determinando que el fundamento del control de las omisiones legislativas debe ubicarse tanto en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, como en el ejercicio del control de constitucionalidad que a lo largo del tiempo ha venido efectuando este Tribunal:

(...) el control de las omisiones al legislador se ubicaría en lo que es “constitucionalmente necesario” y no obstante no ha sido atendido por el legislador. Finalmente aquello que es “solo constitucionalmente posible” se ubica en terreno propio del legislador y por tanto puede ser atendido en la forma en que lo crea conveniente e incluso en el tiempo que lo juzgue necesario. De este modo, la acción del Tribunal Constitucional se legitima, tanto para el control de lo que está constitucionalmente prohibido, así como para exigir aquello que resulta “constitucionalmente necesario”. (Fundamento 39)

Asimismo, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 05427-2009-PC/TC el Tribunal Constitucional señalará que dicha figura procesal encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución, consistente no sólo en el cumplimiento de sus disposiciones normativas, sino también en la efectividad de las mismas, y esto incluye la obligación del legislador de desarrollar normativamente determinados preceptos constitucionales (Fundamento 12).

No obstante, la Constitución de 1993 no contempla de manera expresa el control de las omisiones legislativas, por lo que el Tribunal Constitucional ha venido interpretando que, a falta de un mecanismo procesal específico, el proceso de cumplimiento constituye una vía adecuada para dar fiel observancia a los mandatos contenidos en las leyes o actos administrativos.

En este marco situacional, este Colegiado aprecia con preocupación la incoherencia presente en nuestro ordenamiento jurídico, que ha habilitado un mecanismo procesal específico para lograr la efectividad de los mandatos contenidos en las leyes y en los actos administrativos, pero ha ignorado recoger un proceso que permita el control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales, con lo cual la eficacia de la obligación de cumplimiento de los mandatos constitucionales, específicamente de aquellos que prescriben la obligación de normar, se encuentra en el limbo de una falta de protección constitucional. Ello no quiere decir, sin embargo, que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas. Afirmar lo contrario sería tanto como reconocer que el carácter normativo de la Constitución es sólo un rótulo decorativo desprovisto de toda entidad sustancial. (Fundamento 19)

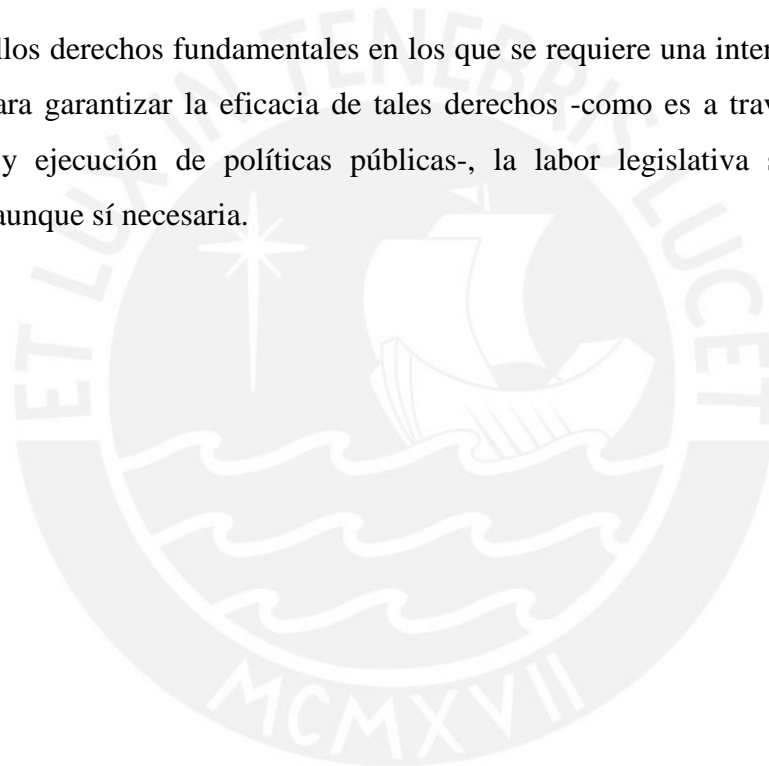
Ahora bien, si nos ceñimos a la definición que la doctrina y la jurisprudencia constitucional viene manejando respecto a la “inconstitucionalidad por omisión”, el cual se encuentra centrado básicamente en el ámbito de la fiscalización de las inacciones del legislador, y a la definición que hemos establecido respecto a “política pública” como proceso complejo que requiere de la intervención concurrente de los ámbitos de poder con capacidad de ejecución, veremos que el proceso de inconstitucionalidad por omisión no bastaría para entrar a controlar constitucionalmente la falta de una política pública, sino para controlar propiamente la falta de una normatividad específica, pudiendo derivar dicho control en una sentencia constitucional que obligue al poder legislativo a “legislar”.

Desde una mirada más optimista, esto significaría que un proceso de inconstitucionalidad por omisión en relación con una directriz, podría dar pie a que el legislador lleve a cabo labores de planeación del programa de una política pública. Sin embargo, todo esto se manejaría únicamente en el plano teórico, dado que, aún con una regulación normativa sobre los aspectos generales del programa y la estructura de la política pública, quedaría pendiente que se definan los aspectos institucionales,

presupuestales y la selección de los instrumentos de acción, así como los procesos de argumentación, participación, implementación y evaluación, los cuales incidirán en forma determinante en la eficacia de dicha política.

En ese sentido, consideramos necesario hacer hincapié en que no todos los derechos fundamentales cumplen su materialización a través de la legislación. Es claro que en los casos en los que sí es suficiente una normatividad y una actitud de abstención por parte del Estado, resulta sencillo comprender la importancia de la intervención del legislador, así como la trascendencia de la existencia de vías procesales como el proceso de inconstitucionalidad por omisión para garantizar la vigencia de la Constitución.

Pero en aquellos derechos fundamentales en los que se requiere una intervención activa del Estado para garantizar la eficacia de tales derechos -como es a través del diseño, formulación y ejecución de políticas públicas-, la labor legislativa seguirá siendo insuficiente, aunque sí necesaria.



CONCLUSIONES

1. El Estado Constitucional como paradigma jurídico, encierra las principales características de un modelo de Estado que gira en torno al concepto de “Constitución” y al establecimiento de límites al poder. En este nuevo modelo de Estado, la Constitución -en su calidad de norma suprema- se constituye en el marco de los principios y valores que guían a la sociedad y a sus actores, sin que puedan existir espacios sustraídos de ella. Hablamos de una “Constitución normativa” cuyos preceptos requieren de una aplicabilidad material y de controles institucionales para vigilar su cumplimiento.
2. Para compatibilizar el Estado Constitucional -cuya centralidad obliga a entender a la Constitución como norma jurídica-, con la democracia política -entendida como regla de la mayoría-, debemos aceptar una noción de democracia en la que, si bien prevalece el principio mayoritario como principal mecanismo para la toma de decisiones, se garantiza el respeto de los derechos y la libertad de las minorías. Es por ello que la Constitución debe ser vista como el primer instrumento de gobernabilidad de las sociedades pluralistas, que implica descartar tajantemente cualquier noción y práctica que reduzca la democracia al “voto mayoritario”.
3. El replanteamiento del contenido dogmático y material de la Constitución a través del establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales, cuyo eje principal es el hombre y el respeto de su dignidad, se configura en el principal instrumento sustantivo de control del poder público. Este contenido axiológico de la Constitución incide en la estructura normativa de sus preceptos, haciendo que la doctrina reconozca la existencia de otros tipos de normas constitucionales, además de las reglas, tales como los principios constitucionales. Estas normas se encuentran fuera y por encima de lo político.
4. A partir de la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales, estos derechos adquieren la condición de principios que conforman el sistema de valores predominante en el ordenamiento jurídico, los cuales en muchos casos imponen deberes de acción y prestación al Estado. Esto significa que para la realización efectiva de tales derechos se requiere algo más que la simple

abstención del Estado, en muchos casos, actividades de prestación focalizadas a ciertos grupos vulnerables.

5. La doble dimensión de los derechos fundamentales guarda una estrecha relación con el surgimiento del Estado Social, pues existen circunstancias que influyen en la desigualdad y en la pobreza real de las personas, las cuales pueden revertirse con una adecuada intervención del Estado. Este contexto produjo un cambio en los factores de legitimidad del Estado: si en el Estado liberal éste sólo debía abstenerse de empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, en el Estado Social debe procurar también mejorarlas.
6. Debido a que los márgenes (o límites) de actuación del Estado para el cumplimiento de las directrices están dados por otros objetivos constitucionalmente ordenados, estas normas imponen a sus destinatarios una exigencia de razonabilidad de los medios a emplear para la realización de sus fines. El poder público no sólo está obligado a lograr estados de cosas de conformidad con los fines sociales sino también en hacerlo sin vulnerar los derechos fundamentales. Por ello, el contenido de las políticas públicas es tan relevante como su proceso de formulación.
7. El contenido de las políticas públicas tiene una importante relación con los aspectos jurídicos de tipo sustancial que lo vinculan, tales como los derechos humanos y el contenido esencial de los derechos fundamentales. Así, las políticas públicas son variables dependientes de los contextos políticos e institucionales de cada Estado. El régimen político define el *quién* y el *cómo* de los procesos de formulación de las políticas públicas en relación con el Estado Constitucional, siendo el *qué* los contenidos habilitados por la Constitución.
8. El control judicial y la labor de los jueces constitucionales son expresiones contramayoritarias, que no deben analizarse como instrumentos de sustitución de los mecanismos de toma de decisiones y de los procesos de formación de las políticas públicas existentes en la democracia. Más bien corresponde analizarlas como garantías que posibilitan una “revisión posterior” de las actuaciones del Estado, desvinculando a los individuos de la voluntad política y del legislador

tardío. En ese sentido, la jurisdicción constitucional debe entenderse como un contrapoder.

9. El modelo de justicia aplicable en el Estado Constitucional responde a una noción de Constitución, y ésta, a una determinada tipología de normas constitucionales, aunque debido a la estructura abierta de estas normas nos veamos sometidos a los riesgos de la discrecionalidad y de la invasión de espacios antes prohibidos. En ese sentido, sea cual fuese el espacio intervenido por la justicia constitucional, sus órganos operan como instancias de cierre, relevantes para la delimitación y protección de los derechos fundamentales.
10. Las significativas intervenciones de la justicia constitucional en el ámbito de las políticas públicas, hace que cada vez más sea inadmisibles la existencia de espacios exentos de control constitucional, superando la capacidad argumentativa de ciertas doctrinas, como la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (political questions), que buscan contraponer la labor de los jueces constitucionales con las decisiones del poder legislativo y el poder ejecutivo, sustrayéndolas de cualquier tipo de control.
11. El juez no puede ignorar las consecuencias políticas y económicas de sus fallos, pues de nada sirve declarar el derecho y ordenar su reparación, si se está al margen de las posibilidades fácticas existentes para su cumplimiento; pero tampoco le corresponde al juez acatar ciegamente el programa político del gobierno para el desarrollo de los derechos, pues podría estar dejándose en el camino a grupos excluidos y sin protección. Lo correcto es encontrar un equilibrio que funde en razones principistas la intervención judicial en el ámbito político.
12. La jurisdicción constitucional también actúa como un importante agente de cambios sociales, en dos sentidos: como “agente convalidante de un cambio social”, cuando una declaración de constitucionalidad puede ratificar dicho cambio, ya sea porque realmente es compatible con la Constitución o porque la jurisdicción decidió internamente abstenerse de controlarla -por ejemplo- por considerarla una cuestión política no justiciable; y como “agente conductor o inductor de un cambio social”, cuando -justificado por la inacción de los órganos

políticos y valiéndose de su resolución- dispone y ordena la introducción de dicho cambio a los otros poderes.

13. El enfoque de derechos en las políticas públicas se refiere a la obligación que tienen los Estados, a través de sus agentes estatales, de estructurar las políticas sociales y estrategias de desarrollo sobre la base del marco normativo internacional de protección de los derechos humanos y el marco normativo nacional de protección de los derechos fundamentales, en tanto éstos constituyen un límite sustantivo en la formación de la decisión pública. Este contenido normativo vinculante de los procesos de estructuración de las políticas públicas, se trata a su vez de un contenido de principios que coloca imperativamente primero a la persona y a sus derechos esenciales.
14. Las políticas públicas son instrumentos idóneos para lograr la materialización de determinados derechos fundamentales; sin embargo, no solo basta con que el Estado se centre en un análisis de resultados sobre las mismas, sino que es necesario que el proceso mismo de formulación, que es decisonal, se encuentre impregnado de un enfoque de derechos que establezca como parámetros de control y de acción el marco normativo internacional de protección de los derechos humanos y el marco normativo nacional de protección de los derechos fundamentales; e incluya procesos de argumentación, persuasión y mecanismos de legitimación social de la política.
15. Del análisis del desarrollo jurisprudencial de la Suprema Corte de Estados Unidos destaca la forma cómo se han diseñado importantes políticas públicas en dicha nación, como las referidas a la segregación racial, al tratamiento de los inmigrantes, a las políticas de acción afirmativa en materia educativa y laboral, temas sobre los que -por cierto- previamente ha existido un fuerte desacuerdo social sobre las alternativas para su tratamiento.
16. La intervención en el ámbito de las políticas públicas por la Corte Constitucional de Colombia responde a la concepción que tienen sus jueces respecto a la importancia de la labor que ellos desempeñan para la implementación de la Constitución mediante una interpretación amplia de los derechos. Esta práctica ha tenido su principal expresión en la intervención que tuvo la Corte en la

política pública que venía implementando el Estado colombiano para otorgar un trato preferente a la población desplazada; así como, en la creación de una política contra el bullying para prevenir los casos de acoso u hostigamiento escolar.

17. En el caso de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, su actuación se dio principalmente en el diseño e implementación de la política pública previsional en Argentina, que consistió en la revisión de sus lineamientos centrales elaborados durante la década de los noventa y la construcción de un marco jurídico para la protección efectiva de los derechos de los jubilados. A través de este caso la Corte Suprema implementó un modelo de intervención judicial respetuosa de las instancias de decisión democrática, consistente en la verificación de la vulneración de los mínimos esenciales y el control de la razonabilidad y efectividad de las políticas existentes, sin que por ello se dé el reemplazo de las autoridades competentes en la fijación de tales políticas.
18. El Tribunal Constitucional peruano ha tenido una relevante actuación en el ámbito de las políticas públicas, pudiéndose identificar sentencias en las que ha controlado aspectos de carácter presupuestal (Exp. N° 2945-2003-AA/TC); aspectos referidos a la cobertura de la política pública (Exp. N° 0033-2010-PI/TC); la naturaleza de las acciones adoptadas por el Estado para la ejecución de la política pública (Exp. N° 0020-2005-PI/TC y N° 0021-2005-PI/TC); y, la razonabilidad del plazo para el diseño y ejecución de la política pública (Exp. N° 2002-2006-PC/TC).
19. La práctica jurisprudencial que ha tenido el Tribunal Constitucional peruano en el ámbito de las políticas públicas demuestra que la intervención del juez constitucional puede lograr tanto la modificación de los aspectos teóricos de la política (definición del problema), como la modificación de sus instrumentos de acción (diseño de la política). Lamentablemente, los estudios doctrinales respecto al desarrollo de la labor de los jueces constitucionales en el ámbito de las políticas públicas todavía son escasos, a pesar que existe una práctica frecuente que hace necesario -entre otros aspectos- el establecimiento de criterios que fijen los parámetros de actuación de los jueces en esta materia.

20. Si bien la justicia constitucional no puede exigir al Estado el cumplimiento pleno de los derechos sociales por depender éstos de la suficiencia de recursos económicos, sí puede controlar -además de los aspectos propios relacionados con el caso concreto- que los recursos disponibles hayan sido asignados priorizando determinadas sectores de la población en relación con los derechos fundamentales comprometidos y el grado de afectación de los mismos.
21. La discrecionalidad de las actuaciones de los poderes públicos tampoco justifican la arbitrariedad. Es por ello que un eventual control constitucional de dichas actuaciones, que podrían vulnerar los derechos fundamentales, no hace más que reafirmar la vigencia del Estado Constitucional y el efecto de irradiación de la Constitución.
22. No se trata de instituir un derecho subjetivo a las políticas públicas, sino de garantizar la realización progresiva de los derechos fundamentales, siendo necesario para ello la formulación e implementación de políticas públicas eficientes y la posibilidad de un eventual control constitucional de las mismas. De esta manera, el control constitucional de las políticas públicas respondería a una práctica jurisprudencial que se sustenta, no en un derecho subjetivo, sino en la correspondencia que tienen dichas acciones con el contenido esencial y la naturaleza prestacional de ciertos derechos fundamentales.
23. Así como es necesario que existan mecanismos de control de las políticas públicas desde una determinada noción de Constitución, de principios y de democracia, también consideramos que dicho control debe estar sujeto a límites de razonabilidad, pues no podemos dejar de lado los riesgos de una posible extralimitación judicial durante el ejercicio de este control, como se dieron en las Sentencias recaídas en los Expedientes N° 02005-2009-PA/TC (caso de la Píldora del Día Siguiente) y N° 3116-2009-PA/TC (caso Cementos Lima).

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis

2000 “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, pp. 593-602.

ABRAMOVICH, Víctor

2006 *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*. Chile: CEPAL, N° 88, abril.

ABRAMOVICH, Víctor; AÑÓN ROIG, María José; y COURTIS, Christian

2006 *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Editorial Fontamara.

ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura

2008 “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”. *Salud Colectiva*, Buenos Aires: Universidad Nacional de Lanús, año/vol. 4, número 003, septiembre-diciembre, pp. 261-382.

AGUILÓ REGLA, Josep

2005 “Tres preguntas sobre principios y directrices”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, N° 28, pp. 329-340.

AGUILÓ REGLA, Josep, RUIZ MANERO, Juan y ATIENZA, Manuel

2007 *Fragmentos para una teoría de la constitución*. Madrid: Editorial Iustel.

ALEXY, Robert

1988 “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, N° 5, pp. 139-154.

1993 *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

2003 *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

2004 *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.

ARAGÓN REYES, Manuel

1987 “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, Año N° 7, N° 19, pp. 15-52.

ARANGO, Rodolfo

2009 “Los derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas de futuro”. *Cuadernos Electrónicos N° 5, Derechos Humanos y Democracia*, Federación Iberoamericana del Ombudsman, pp. 1-23.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan

2007 *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel.

AULA MAGNA 2008

2009 *Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ÁVILA, Humberto

2011 *Teoría de los principios*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

BACHOF, Otto

1966 “El juez constitucional entre Derecho y Política”. *Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte*, Vol. IV, N° 2, Stuttgart, pp. 125-140.

1986 “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Año XIX, núm. 57, pp. 837-852.

BALKIN, Jack M. y LEVINSON, Sanford

2010 *Los cánones en el Derecho Constitucional*. Libro colectivo: El canon neoconstitucional. Edición de Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo. Madrid: Editorial Trotta.

BAYÓN, Juan Carlos

2005 *Derechos, democracia y constitución*. Libro colectivo: Neoconstitucionalismo(s), Segunda Edición, Madrid: Editorial Trotta.

2010 *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. Libro colectivo: El canon neoconstitucional. Edición de Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo. Madrid: Editorial Trotta.

BAZÚA, Fernando y VALENTI, Giovanna

1993 “Hacia un enfoque amplio de política pública”. *Revista de Administración Pública*, México, Número 84m Enero - Junio, pp. 25-81.

BELLAMY, Richard

2010 *Constitucionalismo Político, una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.

BERNAL PULIDO, Carlos

2007 “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?” *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, N° 30, pp. 273-291.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

2004 *Las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos humanos*. Libro colectivo: El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas. Lima: Comisión Andina de Juristas.

BULNES ALDUNATE, Luz

- 2006 “La inconstitucionalidad por omisión”. *Revista de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Núm. 1, Julio, pp. 251-264.

CANO BLANDÓN, Luisa Fernanda

- 2010 “Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la subregión del Magdalena Medio Antioqueño”. *Estudios de Derecho*, Colombia: Universidad de Antioquia, V 67, N149, junio, pp. 88-114.

CARBONELL, Miguel

- 2004 *Los derechos fundamentales en México*. UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- 2008 “Eficacia de la constitución y derechos sociales: Esbozo de algunos problemas”. *Estudios Constitucionales*, México, Año 6, N° 2, pp. 43-71

CAPPELETTI, Mauro

- 1984 *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. Libro colectivo: Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

- 2003 “Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales”. *Anuario da Facultade de Dereito Da Universidade da Coruña*, núm. 7, pp. 184-188.
- 2011 “Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”. *Revista Gaceta Constitucional*, Tomo 39, Marzo, pp. 21-33.

CARDOZO BRUM, Myriam

- 1993 “La evaluación de las políticas públicas: problemas, metodologías, aportes y limitaciones”. *Revista de Administración Pública*, México, Número 84, Enero - Junio, pp. 167-197.

CIANCIARDO, Juan

- 2003 “Principios y reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°. 108, pp. 892-906.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José

- 1996 *Defensa del Estado social*. España: Universidad de Sevilla.

CUERVO, Jorge Iván

- 2007 *Las políticas públicas, entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental*. Libro colectivo: Ensayos sobre políticas públicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DAHL, Robert

- 1957 “Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy maker”. *Journal of Public, Law* 6, pp. 279-295.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ

- 2005 *Ante todo, el diálogo. Defensoría del Pueblo y conflictos sociales y políticos*. Primera Edición, Lima: Defensoría del Pueblo.
- 2007 *Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú*. Informe Extraordinario que incluye las notas aclaratorias presentadas al Congreso de la República del Perú.

DWORKIN, Ronald

- 1984 *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.

2003 *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad.* Barcelona: Editorial Paidós.

2007 *La Justicia con toga.* Madrid: Editorial Marcial Pons.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos

2004 *La protección Constitucional del Ciudadano.* Colombia: Editorial Legis.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

2009 “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”. *Revista de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, pp. 13-69.

FERRAJOLI, Luigi y ATIENZA, Manuel

2011 *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho.* Primera edición, México: UNAM.

2000 *Derecho y razón.* 5ª edición, Madrid: Trotta).

FISS, Owen

2007 *El derecho como razón pública.* Madrid: Marcial Pons.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso

2009 *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos.* España: Editorial Trotta.

GARRETÓN, Roberto

2004 *La perspectiva de los derechos humanos en el diseño y ejecución de las políticas públicas.* Libro colectivo: El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas. Lima: Comisión Andina de Juristas.

GUERRERO, Omar

1993 “Políticas públicas: interrogantes”. *Revista de Administración Pública*, México, Número 84, Enero - Junio, pp. 83-88.

GONZALES MARTÍN, Nuria.

2006 *Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas*. Libro colectivo: Derecho a la no discriminación. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 361.

GUASTINI, Riccardo

2001 *Estudios de Teoría Constitucional*. Primera edición, Doctrina Jurídica Contemporánea, México: UNAM.

2010a *Lecciones de Teoría del Derecho y del Estado*. Cuadernos Jurídicos, Vol. 4.

2010b *Interpretación, Estado y Constitución*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho, 1ra Edición, Lima: Ara Editores.

HABERLE, Peter

1993 *El concepto de los derechos constitucionales. Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Edición de José María Sauca.

2004 “El Tribunal Constitucional como poder político”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 125, julio-setiembre, pp. 9-37.

HART, Herbert L. A.

1980 “El nuevo desafío al positivismo jurídico”. *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, España, N° 36, pp. 3-18.

HERRERO, Álvaro

2011 “La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino”. *Revista Política*, Chile, Vol. 49, N° 1, pp. 71-106.

HOLLANDER, Pavel

- 2006 “Interpretación de las normas jurídicas constitucionales: Un rompecabezas metodológico”. *Las razones de la producción del Derecho*, Buenos Aires, Facultad de Derecho - UBA, pp. 69-90.

ISLAS MONTES, Roberto

- 2011 “Principios Jurídicos”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Año XVII, pp. 397-412.

LANDA ARROYO, César

- 2000 “Justicia constitucional y political questions”. *Revista Pensamiento Constitucional*, Lima, Volumen VII, N° 7, pp. 111-140.

- 2002 “Dignidad de la Persona Humana”. *Cuestiones Constitucionales*, México: UNAM, número 7, pp. 109-138.

- 2006 “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Lima, Año II, N° 4, pp. 63-96.

- 2011a *Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional: Entre el Derecho y la Política*. Lima: Editorial Palestra.

- 2011b *Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano*. Libro colectivo: Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, pp. 161-170.

LARRAÑAGA, Pablo

- 2009 *Justicia constitucional, argumentación jurídica y control de las políticas públicas*. Libro colectivo: El juez constitucional en el siglo XXI, t. II, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús, coordinadores, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

LOPERA MESA, Gloria Patricia.

2004 “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, N° 27, pp. 211-243.

LOEWENSTEIN, Karl

1976 *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel.

MELLINGHOF, Rudolf.

2011 “Los tribunales constitucionales entre la autolimitación judicial y la injerencia político-constitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Año XVII, pp. 485-501.

MÉNDEZ, José Luis.

1993 “Elementos teóricos para un análisis de políticas públicas”. *Revista de Administración Pública*, México, Número 84, Enero - Junio, pp. 107-121.

NESTOR SAGUÉS, Néstor.

2011 “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Año XVII, pp. 527-541.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.

2010 “Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad. Una aproximación desde Chile y América Latina”. *Revista de derecho*, Uruguay, N° 5, pp. 79-142

MAJONE, Giandomenico.

1997 *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. México: Fondo de Cultura Económica, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública.

MEDELLÍN TORRES, Pedro

- 2004 *La Política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad.* Chile: CEPAL, Serie Políticas Sociales 93.

MORÓN, Eduardo y SANBORN, Cynthia

- 2008 *Los desafíos de policymaking en el Perú: actores, instituciones y reglas de juego.* Documento de Trabajo N° 77, Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo, UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César

- 2007 *Los derechos sociales en serio. Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas.* Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

POZZOLO, Susanna

- 2011 *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos.* Lima: Palestra Editores.

PRIETO SANCHÍS, Luis

- 1998 *Ley, principios, derechos.* Cuadernos Bartolomé de las Casas 7, Madrid: Editorial Dykinson.
- 2005 *Constitucionalismo y garantismo.* Libro colectivo: Garantismo, estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, España: Editorial Trotta.

RAZ, Joseph.

- 2001 *La Ética en el ámbito público.* Barcelona: Gedisa.

RUBIO LLORENTE, Francisco.

- 1988 “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”. *Revista Española de Documentación Científica*, Año 8, N° 22, enero-abril, pp. 9-51.

RUIZ MANERO, Juan.

2005 “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, N° 28, pp. 341-365.

RUIZ RUIZ, Ramón.

2007 “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”. *Revista Urbe et Ius*, Argentina, N° 20, abril, pp. 1-24.

SAGÜÉS, Néstor Pedro.

2011 “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, pp. 527-541.

SANTIAGO JUÁREZ, Mario.

2007 *Igualdad y acciones afirmativas*. 1ra Edición, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SCHNEIDER, Hans-Peter.

1979 “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, núm. 7, enero-marzo, pp. 7-36.

SEN, Amartya.

2011 *La idea de la justicia*. Madrid: Editorial Taurus.

SHAPIRO, Martín.

1969 *The Supreme Court and Public Policy*. Glenview, Ill: Scott, Foresman.

1994 “Juridicalization of Politics in the United States”. *International Political Science Review*, Vol. 15, No. 2, pp. 101-112.

SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús.

2007 “El derecho, las políticas públicas y el juez constitucional de una época de crisis”. *ELEMENTOS DE JUICIO. Revista de Temas Constitucionales*, Colombia, Año II, Números 6/7, Julio - Diciembre, pp. 133-154.

2009 *El juez constitucional: un actor regulador de políticas públicas*. Bogotá: Universidad del Rosario.

2011 “La justicia constitucional en la era de la gobernanza (Un análisis de perspectiva comparada desde la periferia del derecho)”. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, España, n. 13, enero, pp. 67-95.

STEIN, Ernesto y TOMMASI, Mariano.

2006 “La política de las políticas públicas”. *Política y Gobierno*, México, Vol. XIII, Núm. 2, II Semestre, pp. 393-416.

URIBE LÓPEZ, Mauricio.

2008 *John Rawls y el paradigma del desarrollo humano*. Libro colectivo: Pluralismo, legitimidad y economía política. Ensayos críticos sobre la obra de John Rawls, Primera Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 179-198.

VALDERRAMA GÓMEZ, César Augusto.

2010 *Corte Constitucional colombiana. Un actor relevante en el ciclo de las políticas. El caso de la política pública para la población desplazada por la violencia*. Tesis para optar el título de Maestro en Gobierno y Asuntos Públicos, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - Flacso. Consulta: 10 de agosto de 2012 <<http://flacsoandes.org/dspace/handle/10469/2827>>

ZAGREBELSKY, Gustavo.

1995 *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.

- 2008 *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política.* Madrid: Editorial Trotta.
- 2007 “Jueces constitucionales”. *Revista Pensamiento Constitucional*, Lima, Año XII, N° 12, abril, pp. 495-511.

