

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO CORRELATO DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

*Lily Ku Yanasupo**
Abogada constitucionalista

La presente investigación analiza la necesidad que ha surgido en los últimos tiempos de desarrollar un planteamiento teórico sobre la dimensión constitucional de las políticas públicas, a la luz de la jurisprudencia nacional y comparada, que busca garantizar la materialización de los derechos fundamentales —en especial, los de carácter social—, a través del control de ciertos instrumentos de gestión pública. En esa lógica, y dados los escasos estudios sobre el tema, se requiere construir una argumentación aceptable sobre la conexión entre los derechos y las políticas públicas, la cual ayude a reducir las brechas existentes entre las normas y la realidad social. Así como demostrar que la omisión de políticas públicas, o su ineficacia, es un incumplimiento a la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas positivas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena satisfacción de los derechos, ámbito en el cual se considera que los jueces constitucionales deben jugar un rol esencial en el marco del ejercicio de sus facultades de control.

1. Nota introductoria

El diseño, la formulación e implementación de políticas públicas son procesos que deben estar orientados a la protección y defensa de los derechos fundamentales; por tanto, dichos procesos deben contener una concepción de los derechos o un enfoque de los mismos. Para esto, es necesario el desarrollo de una fundamentación constitucional que establezca la conexión entre la materialización de los derechos y los instrumentos que integran tales políticas, lo cual permita mostrar la idoneidad de estas para tal fin. Por ello, no solo hablamos de una conexión de resultados, sino también de medios y procedimientos.

De manera que el enfoque de los derechos se torna en una exigencia que deben cumplir los poderes públicos, para el diseño y la implementación de planes de

* Es abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional por la Universidad de Génova (Italia), y Diploma en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares (España). Actualmente trabaja en la Defensoría del Pueblo del Perú. Correo electrónico: lku@pucp.pe.

acción específicos cuyo objeto sea la generación de cambios sociales. Asimismo, este estrecho vínculo entre la eficacia normativa de los derechos fundamentales y las políticas públicas, adquiere una mayor importancia en los llamados derechos sociales, haciendo necesario el control constitucional de dichas acciones.

En ese sentido, una de las principales cuestiones a dilucidar en la presente investigación será determinar el papel de los jueces constitucionales en los procesos de formulación e implementación de políticas públicas; así como, la función que estas intervenciones cumplen en relación con las decisiones de los órganos democráticos.

Para dicho fin, mencionaremos cierta jurisprudencia nacional y comparada que nos permitirá establecer algunos elementos de este tipo de control constitucional, así como sus posibles límites y riesgos, lo cual pueda ir sumando a la construcción de una línea de argumentación sobre la intervención de la justicia constitucional en las políticas públicas, con especial incidencia en aquellos instrumentos orientados a la materialización de los derechos sociales.

Cabe precisar que si bien el presente artículo se centra en abordar el rol de los jueces constitucionales en el ámbito de las políticas públicas, a fin de propiciar un mayor desarrollo teórico sobre los alcances de dicha intervención, esto no significa desconocer o descartar otras vías institucionales de control también importantes, como se da a través del papel que desempeñan las defensorías del pueblo o los *ombudsman*, las agencias independientes o comisiones de evaluación de políticas, las cuales también despliegan actuaciones —aunque con una mayor flexibilidad— para asegurar políticas públicas buenas y eficientes.¹

2. La dignidad humana como base constitucional de las políticas públicas

La dignidad es el fundamento ontológico del ser humano, así como una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de la condición humana que distingue al individuo de los demás seres vivos. Esta cualidad hace que la persona deba ser tratada, en cualquier caso, como un fin en sí mismo, y no solo como un instrumento o medio para alcanzar un fin. Por ello, su reconocimiento tanto en el orden 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, p. 88).

Es por ello que, a nivel del derecho constitucional nacional y comparado, la dignidad humana se considera el principio base de los derechos fundamentales, y el punto de partida de toda construcción argumentativa en materia constitucional. De manera que, de la dignidad se derivan los derechos de la persona, cuya eficacia debe ser garantizada por el orden jurídico estatal e internacional a través de instrumentos normativos y políticas eficaces.

Asimismo, tal como ha resaltado el profesor Manuel Atienza (2020, p. 2), si nos tomamos en serio de que el fundamento de los derechos es la idea de digni-

1 Agradezco a uno de los árbitros evaluadores por su comentario con esta reflexión.

dad, entonces parece obvio que a los derechos sociales no se les puede otorgar un carácter secundario, sino que son más bien condiciones para el ejercicio de los derechos de libertad.

Otra idea importante a destacar es que, si los derechos emanan de la dignidad, entonces estos constituyen un límite al poder público, y cualquier conducta que afecte la dignidad de la persona se considera contraria al orden jurídico. Este es un límite que los poderes públicos deben respetar para el correcto ejercicio de sus potestades, como se da, por ejemplo, en la ejecución de planes de acción para la concretización de los derechos.

No obstante, las normas constitucionales, en particular las que desarrollan los derechos sociales, no siempre establecen qué instrumentos de acción deben emplear los poderes públicos para lograr la materialización de los derechos, lo cual deja un amplio margen de discreción a la autoridad. Por ello, y para evitar desviarnos de los fines públicos trazados, mientras mayor sea ese margen de discreción, mayores deberán ser las vías de control de las decisiones públicas.

A propósito de las normas constitucionales que desarrollan los derechos sociales, es preciso señalar que estas no se agotan en un mandato definitivo o en una acción concreta, sino que, debido a la complejidad de su materialización, dependen del diseño y la formulación de políticas públicas. Es por ello que estas normas tienen la forma de directrices o mandatos de optimización, pues la materialización de los derechos sociales requiere, en buena cuenta, de un estado de cosas en la mayor medida posible y, por ende, su cumplimiento es 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»; y el derecho al medio ambiente: «El Estado determina la política nacional del ambiente [...]»; los cuales se encuentran contemplados en la Constitución Política del Perú.

Esta vinculación que existe entre los derechos sociales establecidos en las normas constitucionales y el proceso de formulación de las políticas públicas encuentra, también, su fundamento en la necesidad de fijar *mínimos vitales*, que garanticen condiciones de vida digna para todos. Esto quiere decir que las situaciones que obliguen a las personas a vivir sin esas condiciones básicas atentan contra la dignidad y el desarrollo humano.

De igual forma, es importante aclarar que no todos los derechos fundamentales dependen de una política pública para su realización, y no toda política pública está dirigida a concretizar, de forma directa, un derecho fundamental. En el caso de los derechos sociales, que dependen de planes de acción pública para su cumplimiento progresivo, es necesario que el proceso de formulación de tales políticas incorpore una noción del principio de dignidad humana y el enfoque de los derechos.

Esta relación causal de naturaleza constitucional entre la dignidad humana y las políticas públicas ha sido destacada por el Tribunal Constitucional peruano,

a través de la sentencia recaída en el Expediente N.º 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 N.º 18).

En tal sentido, los derechos sociales tienen como base la dignidad humana, y estos son indispensables para que la persona pueda desarrollarse y desenvolverse con verdadera libertad. Por ello, es necesario que el Estado adopte medidas públicas eficaces que garanticen la efectiva materialización de dichos derechos.

En conclusión, podemos decir que toda política pública orientada a la materialización de los derechos fundamentales, tales como los derechos sociales, tiene como fundamento la dignidad humana. Este contenido ontológico o valorativo que debe guiar los procesos de estructuración de las políticas públicas, constituye un límite a los poderes públicos que los obliga a colocar en primer orden a la persona y a sus derechos esenciales.

3. Las políticas públicas como medios de realización de los derechos fundamentales

Una de las características de los derechos humanos, destacada por el profesor Manuel Atienza (2020, p. 2), es su naturaleza dual, es decir, por un lado, pertenecen al mundo de la moral, y, por otro, aspiran a convertirse en realidades jurídicas y políticas. Esta dualidad, a su vez, nos remite a dos grandes problemas en el ámbito de los derechos: el de su justificación (¿cuáles son estos derechos y por qué?), y el de su protección y garantía (¿cómo hacer para que resulten efectivos?)

Ciertamente, la justificación de los derechos no puede ser otra cosa que moral, dice Atienza, siempre que partamos de la idea de dignidad como fundamento ontológico de todo tejido normativo, o —dicho en otras palabras— de la existencia de principios que son las razones justificativas subyacentes a las formulaciones normativas; pero esto no puede llevarnos a desconocer la dimensión política de los derechos, es decir, la importancia de la política como un instrumento para garantizar su satisfacción.

Ahora bien, algunas teorías que se han formulado sobre las normas nos permiten establecer un nexo argumentativo entre los derechos fundamentales y las políticas públicas. En efecto, cierto tipo de normas generan obligaciones directas al Estado para el diseño y la formulación de planes de acción concretos, orientados al reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales. Estas normas constituyen la razón para la acción que el enunciado proporciona.

Dichas normas constitucionales son aquellas que establecen derechos y que para su materialización requieren más que de una acción concreta, o una medida exacta de satisfacción por parte del Estado, un estado de cosas en la mayor medida posible. Para alcanzar dicho estado de cosas, que es el fin de la norma constitucional, la autoridad debe llevar a cabo una ponderación sobre los medios a emplear.

Ronald Dworkin (1967) denominó a este tipo de normas como *directrices políticas*, consistentes en un tipo de estándar que propone un objetivo a ser alcanzado, relacionado con una mejora económica, política o social de la comunidad. Estos enunciados prevén el establecimiento de ciertas condiciones, lo cual abre un abanico de posibilidades sobre las acciones a adoptar y que deberán definirse a través de la decisión pública.

Desde la *Tesis de la optimización de los principios* desarrollada por Robert Alexy (1993) y la *Tesis de los principios en sentido de normas programáticas o directrices* planteada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2007), también es posible apelar a un tipo de normas constitucionales que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible y de acuerdo con las condiciones fácticas y jurídicas, por lo que se trataría de normas que pueden ser cumplidas en diverso grado.

Por tanto, las directrices son *normas de fin* que ordenan la optimización de objetivos en la mayor medida posible, a través de la adopción de acciones que permitan lograr un estado de cosas. Asimismo, son normas cuya eficacia es graduable. Esta estructura normativa particular que tienen las directrices, que hace que la autoridad cuente con un amplio margen de discreción en la selección de las acciones a adoptar, responde a la complejidad que implica la materialización de ciertos derechos fundamentales. Y es que, el legislador no puede ignorar la necesidad que tienen los poderes públicos de contar con determinadas condiciones reales para la optimización de los derechos. Esto no se da con aquellas normas constitucionales que, por el contrario, requieren de un cumplimiento pleno (*normas de acción*) para su satisfacción.

Frente a esto, las políticas públicas se establecen como instrumentos de gestión de las administraciones públicas para la materialización de ciertos derechos fundamentales, principalmente, de aquellos que se encuentran contenidos en normas directrices. Estos instrumentos se emplean por la autoridad para agrupar un conjunto de acciones y decisiones en forma coherente, con la participación de actores relevantes, a fin de resolver de manera concreta un problema social que afecta a un determinado grupo de individuos, en relación con la protección progresiva de sus derechos.

Estas políticas públicas, diseñadas para la materialización de los derechos fundamentales, deben analizarse desde sus resultados, pero también desde sus procesos de formulación. Es decir, no solo nos referimos a la selección de opciones de política y a su fundamentación, sino, también, a la existencia de espacios de deliberación orientados a identificar plenamente el problema social y su solución o posibles soluciones, y a los mecanismos de legitimación social de las mismas:

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 (Majone, 1997, pp. 31-32).

En ese sentido, el proceso de elaboración de una política pública es tan relevante como la política misma, pues se trata de un proceso decisorio complejo (definición del problema, marco normativo, objetivos, etc.), en el que le corresponde al Estado garantizar la mayor participación ciudadana y legitimación posible, aunque esto conlleve a un intenso debate político, intercambios ideológicos o la pugna de intereses. Esta sería propiamente la etapa de argumentación y persuasión del proceso de formulación de las políticas públicas.

Por otro lado, la eficacia de las políticas públicas también depende de factores exógenos, como son el régimen político y el grado de institucionalidad democrática en cada sociedad. Un contexto político de desregulación que disminuya las capacidades de acción del Estado en materia social, conjugado con las debilidades propias de cada institución, puede influir en la ausencia, ineficacia y corrupción de las políticas públicas.

Por ello, las políticas públicas son instrumentos idóneos para lograr la materialización de los derechos fundamentales, en especial, los de carácter social, pero su análisis no puede estar centrado únicamente a una cuestión de resultados o en un mero análisis de costo-beneficio entre diversas opciones públicas, como señala Giandomenico Majone (1997, p. 27). Es necesario que el proceso de formulación de las políticas públicas, que es decisorial, contenga el enfoque de los derechos e incluya etapas de argumentación, persuasión y legitimación social.

4. El juez constitucional como un actor relevante en el proceso de formulación de las políticas públicas

El Derecho y la Ciencia Política suelen identificar como actores 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 pocos o inexistentes mecanismos de control político, el tipo de régimen y la fragilidad institucional pueden incidir en la necesidad de que los jueces constitucionales ejerzan el control de las políticas públicas y sus procesos de formulación.

Este debate sobre el rol de las cortes constitucionales, como órganos capaces de controlar las políticas públicas, ha sido materia de estudio por autores como Robert Dahl (1957) y Martin Shapiro (1969). Análisis más actuales incluyen a los jueces como actores en el proceso de adopción e implementación de las políticas públicas, tales como el informe del Banco Interamericano de Desarrollo del 2006 titulado *La política de las políticas públicas: progreso económico y social en América Latina*.

Ciertamente, este es un tema que genera desacuerdos entre los poderes públicos, principalmente, por lo que se refiere a las *cuestiones políticas no justiciables*, tesis que plantea que la Constitución reserva ciertas materias a la decisión discrecional de los poderes políticos, por lo que estas se encontrarían exentas de cualquier tipo de control jurisdiccional. Ejemplos de estos casos en nuestra Constitución son la imposibilidad de cuestionar por la vía judicial los procedimientos de expropiación, salvo el valor del justiprecio (artículo 70); la facultad que tiene el presidente

de la República para conceder indultos y conmutar penas (artículo 118, inciso 21); y la imposibilidad de cuestionar la declaración del estado de emergencia y de sitio (artículo 200, último párrafo).

Dado que muchas de las actuaciones de los poderes públicos son discrecionales, existe un mayor riesgo de que estas puedan ser arbitrarias. Esto abre la necesidad de un eventual control constitucional de las decisiones públicas, más aún cuando se encuentran en juego los derechos o los principios que rigen el Estado constitucional. No obstante, esta posibilidad de que los jueces ejerzan el control de las decisiones públicas no debe entenderse como un cheque en blanco, que pueda justificar el quebrantamiento del principio democrático de separación de poderes, sino que este control debe cumplir ciertos parámetros y tiene que estar orientado a salvaguardar la vigencia de los derechos fundamentales y, en especial, el derecho de la ciudadanía a contar con políticas públicas eficientes.

De manera que es necesario establecer criterios que garanticen una intervención jurisdiccional razonable, que es parte de la tarea de delimitar adecuadamente este tipo de intervención, tal como señala Sierra Cadena (2007, p. 150): «[...] 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 [...]».

Está claro que, en tanto existan derechos fundamentales que dependan para su materialización del desarrollo de políticas públicas, como son los derechos sociales, y los órganos de justicia constitucional sean instancias de cierre para la delimitación y protección de tales derechos, los jueces deben poder ejercer la revisión de dichos instrumentos de gestión. ¿Pero cuándo y cómo?

Rodolfo Arango (2009, pp. 9, 12) explica que el activismo de la jurisdicción constitucional, en materia de derechos sociales, es difícilmente comprensible en sociedades donde dichos derechos han tenido desarrollo y reconocimiento efectivo por parte de los órganos del Estado. En esa línea, un continuo control constitucional de los instrumentos de acción pública podría ser, también, un indicador de un contexto social y político adverso a los derechos y a su efectivo reconocimiento.

Lo que se aprecia es que actores antes reconocidos únicamente como «guardianes de la legalidad» pueden cumplir un papel relevante en la revisión de los procesos de formulación de las políticas públicas adoptadas por los gobiernos, con el fin de propiciar cambios estructurales. Este es el caso de la justicia constitucional, aunque se debe precisar que esta no es la única vía institucional para ejercer dicho control. En el contexto nacional, y desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, se aprecia una práctica favorable al control de las políticas públicas. A continuación, presentamos algunos casos que demuestran ello:

- *Control sobre aspectos de carácter presupuestal.*- En la sentencia recaída en el Expediente N.º 2945-2003-AA/TC, se analiza la política de salud concerniente a la prevención y protección contra el sida, pues faltaban acciones concretas, por parte del Estado, para garantizar el acceso gratuito al tra-

tamiento antirretroviral, como son la provisión presupuestal necesaria al sector salud y la habilitación del programa en los centros médicos públicos. Por ello, el Tribunal exhortó a los poderes públicos a que cumplan con «considerar como inversión prioritaria, el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA» (punto resolutivo 3).

- *Control sobre aspectos referidos a la cobertura de la política pública.*- En la sentencia recaída en el Expediente N.º 0033-2010-PI/TC, se analiza 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), pues la norma restringía dicho plan a la cobertura de las necesidades de salud de los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo. Al respecto, el Tribunal 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.
- *Control respecto a la naturaleza de las acciones adoptadas por el Estado para la ejecución de la política pública.*- En la sentencia recaída en los Expedientes N.º 0020-2005-PI/TC y N.º 0021-2005-PI/TC (acumulados), se analiza la política pública contra el tráfico ilícito de drogas y el cultivo de la hoja de coca implementada por el Estado. En ese caso, el Tribunal exhortó al presidente de la República a efectos que reevalúe la política nacional e internacional antinarcóticos, para hacerla más eficiente y acorde con la realidad nacional; así como exhortó al Congreso de la República a fin de que establezca un régimen de licencias para la comercialización de la hoja de coca y sus derivados, a través de una entidad con eficaces funciones de control.
- *Control sobre la razonabilidad del plazo para el diseño y ejecución de la política pública.*- En la sentencia recaída en el Expediente N.º 2002-2006-PC/TC, 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. Al respecto, el Tribunal estableció que el Estado 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 que solo existían acciones menores y desarticuladas que no tuvieron ningún impacto en la mejora de las condiciones de salud de la población. En ese sentido, el Tribunal ordenó adoptar un conjunto de acciones claves para el diseño de una política pública que aborde esta problemática social, la cual debía ser ejecutada en plazos determinados.

De acuerdo con los casos mencionados, vemos que el juez constitucional es un actor relevante en el diseño de las políticas públicas, en especial, para la concretización de los derechos sociales. Asimismo, la labor del juez constitucional

constituye una garantía institucional, que le brinda a la ciudadanía la posibilidad de exigir al Estado la implementación de políticas públicas eficientes y eficaces.

Este control constitucional, a su vez, logra desvincular el reconocimiento de los derechos a la mera voluntad política, que puede ser irrazonable o arbitraria; aunque, en muchos de estos casos, se comprometan aspectos no solo de tipo normativo, sino también de índole económico, presupuestal o prestacional, como suele suceder con los derechos sociales.

Para Luisa Cano (2010, p. 102), la intervención de la justicia constitucional en el ámbito de las políticas públicas, ya sea para ordenar, fijar contenidos responsables, obligaciones y plazos debe ser remedial, residual y temporal. Remedial, porque se trata de corregir la inacción o el retraso de los órganos democráticos que tienen responsabilidades en el tema; residual, por ser una intervención subsidiaria en el proceso de construcción de dichas políticas; y temporal, pues no puede tratarse de una práctica ordinaria en tanto la democracia exige representación, deliberación y publicidad.

No obstante, aún son escasos los estudios sobre el rol que cumplen las cortes constitucionales en el ámbito de las políticas públicas, y su interacción con los actores responsables de su formulación. Esto hace necesario que, desde la doctrina jurídica, se construya una teoría para el estudio de las políticas públicas como instrumentos para la materialización de los derechos. Este sería un punto de partida relevante para empezar a discutir los posibles límites y alcances del control constitucional de las políticas públicas, por parte de diversos actores, incluidos los jueces.

Para esto se requiere superar esa mirada tradicional y excluyente sobre la gestión estatal, que reserva el análisis y la discusión de las políticas públicas a la competencia exclusiva de los politólogos, economistas y estadistas.

Desde nuestro planteamiento, la teoría de los derechos y la teoría de las políticas públicas mantienen un vínculo causal en el marco del Estado constitucional, relación que es posible si partimos de una determinada noción de derechos, de normas y de democracia. De manera que el juez constitucional, como un actor capaz de analizar y cuestionar el proceso de formulación de las políticas públicas, permite desarrollar un concepto amplio de gobernanza que va más allá de la idea de «costo-beneficio».

Por lo tanto, el control constitucional de las políticas públicas, por parte de los jueces, es necesario para la protección de los derechos fundamentales, en tanto, mediante esta vía, las cortes constitucionales pueden recomendar a los Estados la adopción de cambios estructurales, así como la creación de nuevos planes de acción para la atención de problemas sociales no demarcados. Asimismo, esta intervención podría darse en la fase de identificación del problema, pudiendo el juez recomendar el diseño de una nueva política pública; y en la fase de formulación y decisión del programa de la política, disponiendo la eliminación de uno de los instrumentos de acción.

5. El control constitucional de las políticas públicas y los derechos sociales

El análisis del control constitucional de las políticas públicas, en el ámbito doctrinal, requiere que se desarrolle una teoría de las políticas públicas que aborde aspectos relacionados con la teoría de las normas, el poder político y la acción pública. En esa lógica, el estudio de las directrices constitucionales (o *principios en sentido de normas programáticas*) son un buen punto de partida que nos permite identificar la facultad discrecional que tienen los poderes públicos para la elección de ciertos instrumentos de gestión, lo cual da cabida a la posibilidad de que los jueces lleven a cabo el control constitucional de dichas decisiones.

Ahora bien, como señala Pablo Larrañaga (2009, p. 84), desde la perspectiva constitucional, cuando el Estado no cumple con implementar políticas públicas eficientes para la materialización de los derechos fundamentales, dicha omisión atenta contra el orden constitucional y constituye, además, un incumplimiento a sus obligaciones internacionales. De manera que la omisión de los órganos democráticos, de 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.

Recordemos que el marco normativo internacional de protección de los derechos humanos es una fuente jurídica para el establecimiento de *mínimos intangibles* o estándares para el reconocimiento de los derechos, como son la progresividad, accesibilidad, aceptabilidad, disponibilidad y adaptabilidad. Estas características también constituyen indicadores del grado de cumplimiento de las obligaciones de los Estados, a partir de las cuales se pueden estructurar planes de acción pública.

Desde un enfoque extrajurídico, existen corrientes disciplinarias que estudian la eficiencia de los gobiernos y la acción de las administraciones públicas. Este es el caso del Análisis de las Políticas Públicas, disciplina que centra su atención en la organización institucional y en los procesos de toma de decisiones del Gobierno. Dicha disciplina ha podido identificar que los procesos de elaboración de las políticas públicas suelen reducirse a cuestiones ejecutivas y presupuestales, dejando de lado aspectos de tipo sustantivo.

Al respecto, es necesario que las administraciones públicas asuman, dentro de sus análisis, que los límites que afrontan los procesos de elaboración de las políticas públicas también son constitucionales, en el sentido de que toda política pública está sujeta a los derechos y principios que consagra la Constitución, como es, por ejemplo, la dignidad humana.

Como vemos, ambos enfoques, el jurídico y extrajurídico, sirven para los propósitos de argumentar a favor de una teoría sobre el control de las políticas públicas por parte de los jueces constitucionales. Por tanto, cuando los poderes públicos transgreden los límites impuestos por los derechos constitucionales, a través de la dación de políticas públicas ineficientes, se coloca al juez constitucional frente a dos situaciones: restringir su actuación para evitar colisiones con el

poder público o intervenir para determinar ciertas medidas correctivas del poder.

En los casos en que el juez constitucional decide intervenir y ordenar la formulación o reformulación de una política pública, teniendo una incidencia real y positiva en los derechos, este se convierte en un actor activo y relevante en la esfera de las políticas públicas, ayudando a generar «governabilidad»² desde su labor jurisdiccional.

Para Grenfieth Sierra Cadena (2009), el juez constitucional es un actor contramayoritario, que puede generar gobernabilidad a través de su jurisprudencia, pues su naturaleza de contrapoder le permite revertir imposiciones de tipo mayoritario, limitar el poder y exigir el enfoque de derechos en los planes de acción que buscan la materialización de los derechos fundamentales.

Asimismo, tal como refiere Sussana Pozzolo (2011, pp. 27, 33), el análisis y control de las políticas públicas, por las cortes constitucionales, muestra que el constitucionalismo ha extendido sus alcances hacia el ámbito de las políticas públicas y la gestión de los recursos públicos. Esto nos plantea la siguiente interrogante: ¿existe un derecho subjetivo al diseño, formulación e implementación de políticas públicas eficientes para la realización material de los derechos?

Por ejemplo, para el efectivo reconocimiento de los derechos sociales no basta con un desarrollo doctrinal y normativo, es necesario una garantía institucional para la concreción de los mismos. En esa línea, las políticas públicas son instrumentos de gestión adecuados para la materialización de los derechos sociales, por lo que para evaluar el grado de cumplimiento de estos se requiere que tales políticas puedan someterse a control constitucional. Esto rompe con las clásicas ideas sobre la naturaleza programática y no justiciable de los derechos sociales.

Rodolfo Arango (2009, p. 17) señala que el uso cada vez más recurrente del derecho constitucional, la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales, así como la existencia de mayores estudios sobre grupos vulnerables y derechos sociales, abre nuevos campos de investigación vinculados con las políticas públicas. En ese sentido, podemos decir que el control constitucional de las políticas públicas se enmarca dentro de la tesis de la justiciabilidad de los derechos sociales en el derecho constitucional.

Por otro lado, la justicia constitucional comparada viene estableciendo importantes decisiones sobre el concepto de políticas públicas, y sobre la existencia de un derecho subjetivo a las políticas públicas como correlato de la justiciabilidad de los derechos sociales. Este ha sido el caso de la Sentencia T-760/2008, de la Corte Constitucional de Colombia, la cual efectúa 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

2 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, p. 68).

que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas».

En dicha sentencia, la Corte Constitucional de Colombia también estableció las condiciones necesarias para que una política pública pueda ser considerada eficiente y construida democráticamente, reconociendo 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 [...].

De esta forma, para la justicia constitucional colombiana, 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.

Aunque el derecho subjetivo a las políticas públicas no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución Política de la República de Colombia de 1991, su creación por la vía jurisprudencial fue posible en virtud del artículo 94 (derechos innominados) de dicha carta constitucional³.

Desde nuestro punto de vista, plantear la 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 tendrían el derecho de demandar, sobre la base de un interés individual o colectivo, la formulación o reformulación de una política pública. Bajo este razonamiento, el juez constitucional tendría que resolver demandas de tutela de derechos en las que se exija, por ejemplo, que el Estado diseñe o implemente una política pública para promover la libertad de expresión o la libertad de asociación. Es decir, podrían existir diferentes interpretaciones sobre qué derechos requieren este tipo de acciones positivas para su materialización.

Abrir esta posibilidad conllevaría a una siguiente complicación, que sería vincular estos planes de acción a cualquier derecho y no solo a: i) aquellos 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 a ii) aquellas 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 con fines de desarrollo social.

Nuestro planteamiento sugiere que los jueces constitucionales ejercen el control de las políticas públicas, y que la ciudadanía puede solicitar dicho control por la vía de un proceso constitucional de tutela de derechos, en tanto la creación de estas políticas forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales que dependen de la intervención estatal para lograr una eficacia real, como es el caso de los derechos sociales.

Dicha interpretación, además, se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, el cual, a través de la sentencia recaída en el Expediente N.º 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).

Si bien el Tribunal Constitucional no se refiere a la existencia de un derecho subjetivo a las políticas públicas, establece la importancia de garantizar la efica-

3 Esta disposición 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.

cia progresiva de los derechos sociales, para lo cual es necesario la formulación e implementación de políticas públicas eficientes y la posibilidad de un eventual control constitucional de las mismas. De esta manera, para la jurisprudencia constitucional nacional, el control constitucional de las políticas públicas no se sustentaría en un derecho subjetivo, sino en la correspondencia que tienen dichas acciones con la naturaleza social y prestacional de determinados derechos.

Los argumentos a favor de considerar la generación de políticas públicas, como parte del contenido esencial de ciertos derechos, reducen el riesgo de que los derechos sociales se conviertan en utopías irrealizables, pues es común que se den extensos períodos para su cumplimiento (progresivo) en el ámbito político y legal.

La posible judicialización de la falta de políticas públicas en determinadas materias nos llevaría a abordar un último supuesto, referido a la doctrina de la «inconstitucionalidad por omisión», o el también llamado «control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», a fin de determinar si sería factible aplicar esta figura para aquellas situaciones en las que el Estado no ha cumplido con desarrollar una política pública, a pesar de que existe un mandato constitucional (directriz) que así lo ordena.

La doctrina jurídica, sobre la inconstitucionalidad por omisión, considera que las cortes constitucionales tienen la facultad de intervenir frente al silencio u omisión de la autoridad pública, 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.

Respecto a la inconstitucionalidad por omisión y la posibilidad de su control judicial, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 006-2008-PI/TC, de la siguiente manera: «[...] 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 Expediente N.º 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 solo 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 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.

Ahora bien, el proceso de inconstitucionalidad por omisión no sería suficiente para ejercer el control de una política pública, en tanto este proceso se centraría en la falta de una normatividad específica, intervención que podría derivar en una sentencia constitucional que obligue al poder legislativo a «legislar». En otras palabras, 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, y esto se daría, únicamente, en el plano teórico. Sin embargo, sabemos que la creación de una política pública o la regulación de sus aspectos generales no bastan para los fines de materializar los derechos; es importante que se definan los aspectos institucionales, presupuestales y los instrumentos de acción, así como los procesos de argumentación, participación, implementación y evaluación de la política, pues todo esto incidirá de manera determinante en su eficacia.

Por último, es necesario recalcar que no todos los derechos fundamentales se pueden ver materializados con la dación de una norma. En aquellos derechos en los que se requiere una intervención activa del Estado para garantizar su eficacia —como, por ejemplo, a través del diseño, formulación y ejecución de políticas públicas—, la labor legislativa seguirá siendo necesaria, pero insuficiente.

6. Conclusión: riesgos y límites del control constitucional de las políticas públicas

La posibilidad de institucionalizar un mecanismo que permita a los jueces constitucionales controlar el diseño y la implementación de las políticas públicas puede interpretarse como una interferencia en los procesos de toma de decisiones, en los sistemas democráticos y de las facultades privativas del poder político. En suma, sería una afectación al principio de separación de poderes. Es por ello, que estas intervenciones no están exentas de críticas, en especial, por parte de quienes no ven apropiado que un mandato jurisdiccional pueda imponer correctivos al poder político, más aún si dicha intervención carece de una base argumentativa aceptable.

Sin embargo, los riesgos de que existan extralimitaciones judiciales siempre van a estar presentes⁴. Por ello, como regla básica, la intervención de la justicia constitucional en las políticas públicas no debe considerarse una actividad regular, pues sus procesos deben estar inicialmente reservados a aquellos actores que puedan garantizar el debate y la deliberación democrática de sus instrumentos. Estos actores, por tradición, se suelen considerar el poder legislativo, el poder ejecutivo y los partidos políticos. Pero, además de la esfera formal institucional, se debe dar espacio a la participación de otros actores de la sociedad civil que,

4 Ejemplos de esto son las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 02005-2009-PA/TC (caso de la Píldora del Día Siguiente) y N.º 3116-2009-PA/TC (caso Cementos Lima), cuyos fundamentos son cuestionables a la luz del principio de razonabilidad.

desde la perspectiva de las políticas públicas, deben tener una presencia legítima y autónoma en la formación de las mismas. Estos serían, los movimientos o colectivos sociales, los sindicatos, los grupos de usuarios, académicos y científicos, entre otros.

La participación de las organizaciones sociales, en la formación de políticas públicas, ayuda a activar y fortalecer otro tipo de contrapesos en las sociedades democráticas, para garantizar la efectividad de las decisiones públicas.

En ese sentido, la intervención de los jueces constitucionales, en el ámbito de las políticas públicas, debe entenderse como un mecanismo de remediación ante la omisión estatal, la falta de mecanismos de participación democrática y la potencial violación de los derechos fundamentales.

También es necesario tener en cuenta que cuando el juez constitucional interviene en las políticas públicas, lo hace en el marco de un ejercicio de control, no de una intervención directa; y, principalmente, cuando ha podido constatar que la omisión o actuación de los poderes públicos incumple deberes constitucionales, afectando los derechos de las personas. En ese sentido, los fines de este control no son sustituir a los poderes políticos o interferir en los márgenes de discrecionalidad que las normas les han reservado.

Ahora bien, cabe preguntarnos, ¿cuáles deberían ser los límites de este tipo de control? A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, se aprecia que la intervención, en el marco del control de las políticas públicas, puede incidir en aspectos como: la asignación presupuestal, la cobertura, la naturaleza de las acciones y el plazo de ejecución. Esta práctica jurisprudencial nos puede ayudar a establecer ciertos parámetros razonables, lo cual no excluye la posibilidad de que se presenten otros supuestos que habiliten de manera justificada una intervención.

Pero, también, cabe preguntarnos si acaso no sería necesario que los propios textos de las Constituciones incluyeran parámetros concretos para el control constitucional de las políticas públicas, lo cual permitiría disminuir los riesgos de una intervención judicial irrazonable, no justificada o de un «activismo judicial desenfrenado». Al respecto, quedaría pendiente un mayor desarrollo teórico.

Como vemos, el control constitucional de las políticas públicas se abre camino como una importante vía institucional para la exigibilidad de los derechos sociales, en tanto evita que la alegada escasez de recursos en el Estado sea una justificación suficiente para el retraso en la ejecución de acciones concretas que satisfagan tales derechos. Sabemos bien que, muchas veces, lo que existe detrás es una falta de interés, análisis y planificación adecuada, para garantizar que los recursos existentes se empleen de la manera más eficiente, y estas son falencias del Estado que se deben corregir.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, R. (2009). Los derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas de futuro. *Cuadernos Electrónicos, Derechos Humanos y Democracia*. Federación Iberoamericana del Ombudsman, (5), 1-23.
- Atienza, M. (2020). "Diez ideas sobre los derechos humanos" desde la perspectiva de los derechos sociales. *Revista Análisis Laboral*. Editorial AELE.
- Atienza, M, y Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel.
- Bachof, O. (1966). El juez constitucional entre Derecho y Política. *Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte*. IV (2), 125-140.
- Bachof, O. (1986). Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XIX, (57), 837-852.
- Cano Blandón, L. F. (2010, junio). 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*. Universidad de Antioquia. 67 (149), 88-114.
- Dahl, R. (1957). Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy maker". *Journal of Public Law*, (6), 279-295.
- Dworkin, R. M. (1967). *The model of rules*. The University of Chicago Law Review, 35 (1), 14-46.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel.
- Fernández Segado, F. (2009). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Revista de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Año 7, (2), 13-69.
- Landa Arroyo, C. (2000). Justicia constitucional y political questions. *Revista Pensamiento Constitucional*, VII, (7), 111-140.
- Landa Arroyo, C. (2002). Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*. Universidad Autónoma de México, (7), 109-138.

- Landa Arroyo, C. (2011). *Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano*. Libro colectivo: Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución (pp. 161-170). Fundación Konrad Adenauer.
- Larrañaga, P. (2009). *Justicia constitucional, argumentación jurídica y control de las políticas públicas*. Libro colectivo: El juez constitucional en el siglo XXI, t. II, F. Mac-Gregor, E. y Molina Suárez, C. J. (Coords.). Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Majone, G. (1997). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. Fondo de Cultura Económica, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública.
- Medellín Torres, P. (2004). *La Política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad*. CEPAL, Serie Políticas Sociales, (93).
- Pérez Murcia, L. E., Uprimny Yepes, R., y Rodríguez Garavito, C. (2007). *Los derechos sociales en serio. Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Palestra Editores.
- Sagüés, N. P. (2011) Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 527-541.
- Shapiro, M. (1969). *The Supreme Court and Public Policy*. Glenview, Ill: Scott, Foresman.
- Shapiro, M. (1994). Juridicalization of Politics in the United States. *International Political Science Review*, 15 (2), 101-112.
- Sierra Cadena, G. de J. (2007, julio-diciembre). El derecho, las políticas públicas y el juez constitucional de una época de crisis. *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*, Colombia, Año II, (6/7), 133-154.
- Sierra Cadena, G. de J. (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de políticas públicas*. Universidad del Rosario.
- Sierra Cadena, G. de J. (2011, enero). 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*. (13), 67-95.

Valderrama Gómez, C. A. (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. Recuperado el 10 de agosto de 2012: <<http://flacsoandes.org/dspace/handle/10469/2827>>