

## **La Justicia Constitucional y las Políticas Públicas: Una Aproximación**

**Pavel G. Corillocla**

---

Tanto el contenido de este documento como su redacción son de exclusiva responsabilidad del autor, Expansiva se limita solo a ofrecer un medio para su difusión.

---

## Introducción

En el proceso de formulación de políticas públicas<sup>1</sup> interactúan diversos actores con interés y capacidad de influir, entre los que se encuentran actores estatales oficiales y políticos profesionales, así como grupos privados, sindicatos, medios de comunicación y otros miembros de la sociedad civil.<sup>2</sup> Entre los actores estatales oficiales y políticos profesionales se encuentran los presidentes, líderes políticos, legisladores, jueces, representantes de los gobiernos regionales y locales, y los burócratas.

En el presente documento se hace tan solo una aproximación a la forma en que los órganos jurisdiccionales – entendidos como los órganos destinados a resolver los conflictos sociales – intervienen en el proceso de formulación de políticas públicas. En este sentido, se consideran actores jurisdiccionales de las políticas públicas al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional (o Corte Constitucional dependiendo de cada país), tribunales administrativos y tribunales especiales.

Si bien la actuación de los órganos jurisdiccionales es bastante amplia en la vida política, social y económica de los países, y dado que sus decisiones afectan de maneras y alcances diversos el proceso de formulación de políticas públicas, en adelante solo se analizará la función de control de constitucionalidad que dichos órganos realizan<sup>3</sup>.

Por otro lado, se sostiene que la posibilidad de participación del Poder Judicial en la formulación de políticas públicas ha ido creciendo a medida que mejora la independencia

---

<sup>1</sup> “El proceso de formulación de políticas puede entenderse como una sucesión de intercambios entre actores políticos que interactúan en escenarios formales e informales”. Asimismo, “La expresión proceso de formulación de políticas engloba todo el proceso de discusión, aprobación e implementación de las políticas públicas”. Banco Interamericano de Desarrollo. “La política de las Políticas Públicas”, Banco Interamericano de Desarrollo, 2006, p. 11 y 18.

<sup>2</sup> Ídem, p. 25.

<sup>3</sup> Sobre la función de control de constitucionalidad del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional no hay mayor discusión; sin embargo, existe controversia respecto de si los órganos administrativos que tiene por función resolver conflictos pueden o no ejercer control de constitucionalidad en sus decisiones. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que el “...deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Ésta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)*» (énfasis agregado).

De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el Expediente N° 3741-2004-AA/TC.

judicial, entendida ésta como la capacidad de “tomar decisiones conforme a la ley y no basándose en factores políticos externos o internos”<sup>4</sup>.

Al respecto, surge la pregunta de si efectivamente los órganos jurisdiccionales deberían cumplir la función de meros aplicadores de las normas emitidas por el Poder Legislativo y que no deberían tomar en consideración aspectos políticos y de la realidad social al momento de decidir. Considerando este cuestionamiento se debería evaluar la manera en la cual dichos órganos pueden influir sobre las políticas públicas.

Por este motivo el presente trabajo está destinado a reflexionar sobre el origen y las características de la justicia constitucional, analizar de manera muy rápida las funciones de los órganos jurisdiccionales en el proceso de formulación de políticas públicas y describir dos ejemplos de políticas públicas en Latinoamérica que se vieron afectadas por las decisiones de los órganos jurisdiccionales.

## **I. Los Órganos Jurisdiccionales y la Justicia Constitucional**

Dentro de los sistemas jurídicos de diversos países, se puede distinguir tradicionalmente entre el sistema anglosajón (common law), basado en el desarrollo del derecho a través de la jurisprudencia (precedentes), y el sistema europeo que se fundamenta sobre el desarrollo legislativo del derecho. En la gran mayoría de los países de Latinoamérica el sistema jurídico tiene su origen en el modelo europeo y la organización del Estado se construye sobre el principio de división de poderes.

De acuerdo a la tradición europea, por lo menos en una epata ya superada, los órganos jurisdiccionales sólo debían aplicar la legislación y no tener en cuenta factores políticos o sociales en sus decisiones. Esta concepción llevó en Europa y Latinoamérica a una aplicación automática de las normas, sin importar si ellas correspondían a la realidad y la Constitución real de un momento determinado (Positivismo jurídico).

Un enfoque como el del positivismo jurídico ocasionaría muchos problemas en la administración de justicia, debido a que la sociedad es dinámica y cambia a una velocidad superior al cambio de las normas jurídicas, convirtiéndose en insuficientes o inaplicables al momento de resolver conflictos sociales cada vez más distintos. Se produce así el desfase de las normas jurídicas.

Como respuesta al problema de la inadecuación de las normas jurídicas a la realidad social, empieza una transformación del sistema jurídico, no tanto en su estructura, sino en su concepción, a fin de hacer más flexible la aplicación de las leyes y garantizar que las mismas no contradigan los principios constitucionales que soportan la convivencia en sociedad (Constitución real).

---

<sup>4</sup> Dakolias (1996) citado en “La política de las Políticas Públicas” 2006, BID, p. 91.

Como uno de los pasos para superar la insuficiencia del sistema de normas jurídicas y los problemas de inadecuación de las mismas para realidades cambiantes, la gran mayoría de países siguieron el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica en lo que respecta a la posibilidad del Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas (justicia constitucional)<sup>5</sup>.

La reforma consistió básicamente en otorgar al Poder Judicial la facultad de declarar la inaplicabilidad de las normas jurídicas a un caso concreto, cuando los jueces consideren que dicha aplicación contraviene los principios fundamentales que recoge la constitución (control de constitucionalidad difuso). Sin embargo, la inaplicabilidad de una norma en un caso concreto no significa su derogación, pues sigue vigente y es aplicable a los demás casos.

Adicionalmente, y de repente lo más cercano a la función que cumple la Corte Suprema de los Estados Unidos, se crearon tribunales o cortes constitucionales que tuvieran por función hacer respetar los derechos fundamentales de las personas y los principios constitucionales en general, con la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica (control de constitucionalidad abstracto). Esta función sí tiene efectos derogatorios de la norma jurídica concreta.

Estas funciones permiten al Poder Judicial y, en mayor medida, al Tribunal Constitucional controlar los efectos de la función legislativa, la cual no solo es ejercida por el Poder Legislativo, sino también por el Poder Ejecutivo (sentido amplio del concepto de la función legislativa).

Por otro lado, se tiene que la estructura de los tribunales constitucionales es diversa, dependiendo de cada país. La estructura de estos órganos por lo general está muy ligada con los otros órganos de Estado, en especial en lo que se refiere al presupuesto y a la elección de sus miembros. Por ejemplo, los miembros del Tribunal Constitucional peruano son elegidos por el Congreso, por mayoría calificada. En otro caso, los miembros del Tribunal Constitucional chileno son elegidos por los tres poderes del Estado, tres por el Presidente de la República, cuatro por el Congreso Nacional y tres por la Corte Suprema.

Asimismo, los casos de justicia constitucional, a comparación de los de la justicia ordinaria, tienen una naturaleza especial debido a la sensibilidad y las controversias de dimensiones políticas, sociológicas y hasta filosóficas inherentes a ellos. Por ello, es importante que el Tribunal Constitucional cuente con el favor de la opinión pública que le

---

<sup>5</sup> En el sistema norteamericano, la Corte Suprema reconoció, en su decisión sobre el famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), que las cortes están ligadas a la Constitución, por lo tanto, en cualquier caso en el que una ley del Parlamento esté en contradicción con la Constitución, deberá primar esta última.

permita cumplir con sus funciones<sup>6</sup> y evitar que los otros actores políticos se sirvan de la opinión pública para desacreditar sus decisiones.<sup>7</sup>

Sin embargo, en ocasiones los tribunales constitucionales tienen que decidir en un sentido contrario a la opinión que representa a la mayoría, lo que refleja la complejidad y diversidad del ambiente político y social en la que la revisión constitucionalidad se realiza.<sup>8</sup>

La estructura de los órganos jurisdiccionales y en especial de los tribunales constitucionales, así como la naturaleza de los casos que se resuelven en esta vía, reflejan la naturaleza política de la función de control de la constitucionalidad, abriendo la posibilidad de interacciones y presiones por parte de los demás órganos del Estado.

Otro aspecto importante del proceso de reforma es el cambio en la forma de razonamiento de los tribunales o cortes constitucionales. Estos órganos basan su argumentación en el principio de ponderación entre los intereses y principios constitucionales en conflicto. Este principio se refiere a un proceso de argumentación a favor y en contra de los distintos intereses en conflicto a fin de encontrar una solución balanceada y tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana. Esta técnica de fundamentación fue implantado en el modo de razonar de los jueces constitucionales.<sup>9</sup>

Esta nueva forma de aplicación de las normas brindó y brinda en la actualidad un mayor margen de actuación de los órganos jurisdiccionales, pues tienen la posibilidad de apartarse de la norma si la consideran inconstitucional. De esta forma, los jueces no solo actúan de acuerdo a la constitución sino también lo pueden hacer de acuerdo a sus preferencias<sup>10</sup>.

Es en este contexto, entonces, en el que se debería analizar las posibilidades que tienen los órganos jurisdiccionales para influir en las políticas públicas.

---

<sup>6</sup> Una institución con la capacidad de persuadir al público, como la Corte Suprema, tiene el potencial de persuadir al Congreso o al Presidente para adoptar su posición preferida en las políticas públicas. Baird, Vanessa A. y Hurwitz, Mark S. "Going Public: The Supreme Court's ability to Influence Public Policy Outcomes Over Time", p. 8

<sup>7</sup> Safjan, Marek. "Politics and Constitutional Courts: A judge's personal perspective". 2008, p. 9-10.

<sup>8</sup> Idem

<sup>9</sup> Sánchez estudia el proceso que se dio en España y la técnica de la ponderación que usa el Tribunal Constitucional español. Menciona que la técnica de ponderación no corresponde a la tradición jurídica española, sin embargo, el Tribunal Constitucional lo adoptó sin considerar los efectos distorsionadores que ello podía causar. Sánchez González, Santiago. "La Imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional". En Teoría y Realidad Constitucional, núm. 12-13, México 2003-2004.

<sup>10</sup> Para Safjan "la presencia de elementos subjetivos y personales ligados con las preferencias propias de los jueces parase ser inherente al razonamiento constitucional" (traducción libre). Safjan, Marek. Op. cit. p. 19.

## **II. Estudios sobre la Función Jurisdiccional y Políticas Públicas**

Respecto de la acción de los órganos jurisdiccionales en la política, y con ello en las políticas públicas, existen dos grandes corrientes de estudio. La primera es la corriente norteamericana, que se ha enfocado en estudiar al Poder Judicial<sup>11</sup> como un actor político más, que tienen su propia manera de tomar decisiones, que interactúa estratégicamente con los otros órganos del Estado y con grupos de interés que desean hacer uso del sistema legal para lograr sus objetivos. Es decir, estudia la política de la acción judicial.

La corriente europea por su parte, se ha limitado a estudiar los efectos de la acción judicial en la política y en el sistema político. Esto posiblemente se deba a la larga tradición de positivismo jurídico y que solo recientemente se ha superado con las nuevas facultades del Poder Judicial o la creación de tribunales constitucionales.

Si bien en esta ocasión no es oportuno profundizar en el estudio del sistema norteamericano o europeo<sup>12</sup>, sí resulta conveniente y necesario tener una mirada general del sentido de los estudios e investigaciones en estos ámbitos, ya que los países latinoamericanos son de tradición europea y las facultades de revisión judicial de las leyes (control constitucional) y la técnica de razonamiento en los conflictos constitucionales (principio de ponderación) tienen su origen en los Estados Unidos.

En los Estados Unidos existen varias corrientes de pensamiento que estudian la política de la acción judicial. El movimiento de realismo legal pone énfasis en la interdependencia de la ley, el sistema legal y la sociedad, afirmando que todas las leyes son vagas, por lo tanto el razonamiento legal y los métodos judiciales no podrán dar una interpretación única de la misma. La Jurisprudencia Sociológica, Estudios de Crítica Legal y los estudios de la corriente denominada Derecho y Economía comparten el mismo entendimiento respecto de las bases no legales de la acción judicial que sostiene el realismo legal, poniendo en cuestionamiento la autonomía del sistema legal.

Por otro lado, en el campo de la Ciencia Política se encuentra la corriente llamada Jurisprudencia Política, que pone énfasis en el carácter político de la acción judicial, entendiendo a las cortes como agencias políticas y a los jueces como actores políticos. Existen dos vertientes de la Jurisprudencia Política: el enfoque del nivel “macro institucionalista”, que concibe a las cortes como parte de una estructura institucional más amplia y como actores del proceso político; y, el nivel “micro conductual”, que se enfoca

---

<sup>11</sup> En este caso se considera solo al Poder Judicial porque en el sistema norteamericano este órgano realiza la función de control de la constitucionalidad. Función que es cumplida por el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial (control difuso) en el Perú.

<sup>12</sup> Las diferencias entre los diversos enfoques de estudio de la acción judicial que se resaltan en esta sección se basan en el trabajo de Britta Rehder: “What is political about jurisprudence? Courts, politics, and political science in Europe and the United States”. 2007.

en el proceso de toma de decisión de los jueces y percibe a las cortes como un conglomerado de jueces individuales, enfocando el análisis de la actividad judicial en las decisiones individuales que son explicadas en términos de preferencias de política, valores y actitudes.

En el nivel micro conductual el más prominente enfoque teórico es el llamado “Modelo Actitudinal del Comportamiento Judicial”, que se desarrolla en un marco conceptual de Principal – Agente<sup>13</sup>, pues una vez que los jueces han llegado a la cumbre de sus carreras, adquieren cierta independencia de aquellos actores que les delegaron dichas funciones (la sociedad), dando como resultado que el principal (la sociedad) no tendrá más control de su agente (los jueces). Consecuentemente, las preferencias y valores personales son los aspectos más importantes al explicar el comportamiento judicial.

Asimismo, se encuentra la corriente del Institucionalismo de la Elección Racional que se enmarca en el llamado “modelo estratégico de la toma de decisión judicial”, y afirma que los jueces buscan revelar sus preferencias de políticas, actuando estratégicamente, pues sus decisiones dependen de sus expectativas acerca de las elecciones de los otros actores. En este contexto, las instituciones son factores importantes, ya que éstas estructuran la interacción entre los diversos actores; es decir, influyen la formación de las expectativas acerca de las preferencias y probables decisiones de los otros actores.

La corriente interpretativa histórica, que es una forma de institucionalismo, trata a los jueces como parte de un escenario institucional. El principal logro de esta corriente es el redescubrimiento del Estado de Derecho y asume que la esfera legal dispone de alguna forma de autonomía y que no puede ser totalmente explicada por factores extra legales.

Por el lado de Europa, los estudios se enfocaron en el nivel macro institucionalista, concibiendo la función de las cortes como la de “un cuerpo colegiado” (perspectiva institucionalista). Mientras la gran parte de la investigación en los Estados Unidos se ha centrado en el enfoque nivel micro conductual o de la Jurisprudencia Política, la investigación sobre las cortes en Europa se ha enfocado en el nivel macro institucional.

Este hecho posiblemente se debe a que muchos jueces en Europa actúan colegiadamente, es decir no pueden dar votos u opiniones individuales, como sí sucede en los Estados Unidos y los miembros de algunos tribunales constitucionales como el peruano.

---

<sup>13</sup> El enfoque de principal – agente se refiere a la manera de cómo un individuo (principal) puede diseñar un sistema de compensación para motivar a otro individuo (agente) a actuar en interés del principal. Este problema se presenta cuando existe información imperfecta, relacionada a qué acción ha llevado a cabo el agente o la acción que debería llevar a cabo. El problema de principal – agente es el problema central de los incentivos económicos. Stiglitz, Joseph E. “Principal and Agent”. 1989.



La otra gran diferencia es que mientras en los Estados Unidos se enfocan en el proceso de la decisión judicial, en Europa se enfocan en los efectos de las decisiones judiciales en la política y en las políticas públicas.

### III. Órganos Jurisdiccionales y Políticas Públicas

Habiendo descrito las diversas corrientes y maneras de enfocar y estudiar la actividad judicial como un aspecto relevante en la política y las políticas públicas, queda por considerar el tipo de funciones que pueden cumplir los órganos jurisdiccionales en el proceso de formulación de las políticas públicas.

- Tales órganos pueden cumplir cuatro funciones<sup>14</sup>:
- Pueden intervenir como *actores con poder de vetar decisiones*, tomando en cuenta principios constitucionales y también las propias preferencias de los jueces. Esto evita que la modificación de las políticas públicas se haga de manera arbitraria. Además, provoca que el poder Ejecutivo y el Poder Legislativo tomen en consideración las preferencias de los órganos jurisdiccionales en todo el proceso de formulación de políticas públicas.
  - Como *actor proactivo*, dando nuevas interpretaciones a la legislación existente sobre la base de sus opiniones, imponiendo así sus propias preferencias sobre los resultados o aspectos de las políticas públicas.
  - Como *árbitro imparcial*, que garantiza el cumplimiento de compromisos. Esta función permite la sostenibilidad de las políticas públicas en el tiempo, pues facilita los acuerdos políticos necesarios para implementar y continuar con las políticas públicas.
  - *Representante de la sociedad*. A menudo ciertos sectores de la sociedad no pueden influir en la formación de políticas públicas, por ello los órganos jurisdiccionales se convierten en un canal de expresión para grupos marginados y un canal alternativo de representación de la sociedad.

Dada la diversidad de las funciones que pueden cumplir el Poder Judicial y los tribunales constitucionales, es posible que se presenten una diversidad de conductas y relaciones que permitan estudiar sus decisiones desde diversos puntos de vista, como el conductual – individual, comportamiento estratégico, institucionalismo, la sociología y hasta la economía.

Para un mejor entendimiento de cómo pueden influir los tribunales constitucionales en las políticas públicas, se analizarán dos casos. Uno es el caso denominado Píldora del Día Después, con sentencias de los tribunales constitucionales chileno y peruano, y el caso de

<sup>14</sup> Esta clasificación de las funciones del Poder Judicial se recoge del documento titulado “La política de las Políticas Públicas”, del Banco Interamericano de Desarrollo, 2006. Si bien este documento se refiere específicamente al Poder Judicial, las funciones descritas deben extenderse a los órganos jurisdiccionales en general y específicamente al Tribunal Constitucional.



los programas de atención de salud a pacientes con VIH, que dio origen a una sentencia del Tribunal Constitucional peruano y sentencias del Poder Judicial de Brasil.

### **Caso pastilla del día después**

Los gobiernos de Perú y Chile decidieron implementar políticas similares de salud reproductiva, dentro de las que incorporaban la obligación del estado de brindar orientación profesional en temas reproductivos y además distribuir de manera gratuita una amplia gama de alternativas de métodos anticonceptivos, dentro de los que se encontraba el anticonceptivo oral de emergencia (AOE).<sup>15</sup>

En Chile se creó una gran polémica sobre la incorporación de éste método y se terminó con una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, presentada por un grupo de diputados<sup>16</sup>. En el caso se involucró también otro grupo de diputados que defendía la política pública y por supuesto el Poder Ejecutivo que estaba a cargo de la implementación de la política.

Quienes estuvieron a favor y en contra llevaron la discusión a la opinión pública. Los medios de comunicación le dieron una gran cobertura al tema. El resultado, una sentencia<sup>17</sup> que declaró inconstitucional las normas referidas a la AOE, con lo cual se eliminó dicho método anticonceptivo de la política pública, fundamentándose en que no existe certeza científica respecto de los efectos abortivos del mismo.

Sin embargo, la decisión no fue adoptada por unanimidad, presentándose votos disidentes de algunos magistrados miembros del Tribunal. Adicionalmente, entre quienes votaron a favor de la decisión final, hubo quienes emitieron votos individuales concurrentes.

En temas tan controvertidos como este, como en gran parte de los casos constitucionales, se puede ver que los jueces miembros del Tribunal Constitucional no operan como una institución única, sino que se produce una actuación individual de sus miembros, donde cada uno tiende a revelar sus preferencias (enfoque de nivel micro conductual). El hecho que haya habido votos individuales concurrentes y votos individuales disidentes podría estar revelando que los jueces estarían actuando estratégicamente, enviando “mensajes” a quienes los eligieron.

---

<sup>15</sup> En el caso chileno se aprobaron las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48 del 27 de enero del 2007 del Ministerio de Salud chileno, que regula la “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, autorizando la distribución y el uso de la denominada “Píldora del día después”. En el caso peruano, Las Resoluciones Ministeriales N° 465-99-SA/DM y N° 399-2001-SA/DM al aprobar las normas sobre planificación familiar, dispusieron la incorporación del “Anticonceptivo Oral de Emergencia” como método anticonceptivo y su difusión y reparto en los hospitales y centros de Salud bajo la dirección del Ministerio de Salud peruano.

<sup>16</sup> La demanda de inconstitucionalidad no se limitó al método de anticoncepción hormonal de emergencia, sino que se extendió a otros aspectos de la política pública implementada por el Estado chileno.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional chileno del 18/04/2008.

Por otro lado, la decisión del Tribunal definitivamente tiene una fuerte influencia en la política pública, pues modificó el diseño de la misma y por lo tanto afecta su implementación, afectando posiblemente los resultados esperados, lo que seguramente se hará notar en el futuro.

En este caso se presentó una relación compleja entre los diversos poderes del Estado y el Tribunal Constitucional, pues por un lado estaba un grupo del Poder Legislativo, mientras que en el otro lado estaba otro grupo del mismo órgano y el Poder Ejecutivo defendiendo la política pública que pretendía implementar. Además, el Tribunal Constitucional fue un actor con poder de veto al prohibir la implementación de la AOE.

En el caso peruano, sucedió algo distinto. Quien recurrió a la justicia constitucional fue un conjunto de mujeres que consideraron que el Estado no estaba cumpliendo con su obligación de distribuir el AOE gratuitamente en las dependencias públicas de salud, lo cual consideraban era un atentado contra el principio de igualdad de trato de las mujeres con menores recursos económicos.

El Tribunal Constitucional peruano solicitó información a diversas organizaciones entre las que estaba la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, quienes emitieron un informe que sostenía que el AEO no tiene efectos abortivos.

Se hicieron presentes otras instituciones como la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Justicia, así como diversos grupos de interés como las iglesias, asociaciones, colegios profesionales, etc., ofreciendo sus opiniones al respecto. El resultado, también una sentencia<sup>18</sup> obligando al Ejecutivo a cumplir con su obligación de distribuir gratuitamente el AOE. La sentencia fue aprobada por unanimidad; sin embargo, hubo un voto individual concurrente.

Parecería que en este caso el Tribunal peruano actuó como una institución más que como un conjunto de jueces individuales, salvo el voto individual, que iba en el mismo sentido, pero posiblemente se trata de un juez con la intención de revelar sus preferencias personales o actuar estratégicamente, enviando mensajes a quienes apoyaron su designación como miembro del Tribunal Constitucional.

La sentencia no modificó el diseño de la política pública de planificación familiar, pero afectó su ejecución en un sentido afirmativo, pues garantizó que se cumpliera lo que estaba dispuesto en el diseño de la política. En este caso, el Tribunal actuó como representante de un grupo de la sociedad que no tenía manera de hacer efectiva la implementación de la política, sino a través de la justicia constitucional. Asimismo, el Tribunal Constitucional se desempeñó como árbitro imparcial que garantizó el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado para implementar la política en su totalidad.

---

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional peruano del 13 de noviembre del 2006 sobre el Expediente N° 7435-2006-AC/TC.

## **Caso VIH/SIDA**

El caso que se analiza a continuación se presentó en el marco de una política pública implementada por el Estado peruano destinada al tratamiento de pacientes infectados con VIH/SIDA. Las normas que sustentan esta política no hacen ninguna diferenciación o excepción, por lo menos dentro de ciertos grupos vulnerables<sup>19</sup>. Sin embargo, quien recurrió a la justicia constitucional no recibía ningún tipo de atención para su enfermedad. Los representantes del Estado sostenían que el Estado no tenía ninguna obligación de prestar atención sanitaria ni facilitar medicamentos en forma gratuita a ninguna persona, siendo la única excepción el caso de madres gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada.

El Tribunal Constitucional<sup>20</sup> sostuvo que siendo el Perú un Estado Social y Democrático de Derecho, debe garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social y neutralizar las situaciones de discriminación y violatorias de la dignidad del hombre. Para ello, se requiere de la intervención del Estado y de la sociedad en su conjunto, mediante el ejercicio del principio de solidaridad.

Por otro lado, el Tribunal reconoce que en la implementación de políticas públicas destinadas a satisfacer derechos sociales como la salud, que requiere de prestaciones de servicios, es necesario que se destine un presupuesto determinado. Sin embargo, sostiene que el hecho que este tipo de derechos tengan una satisfacción progresiva no significa que el Estado deba tener una actitud pasiva y que se deberían tener plazos razonables para satisfacerlos.

El Tribunal ordena que el Estado brinde los servicios de salud al demandante, quien no cuenta con los medios económicos para cubrir sus tratamientos y establece que no se debería hacer ningún tipo de discriminación entre personas de iguales condiciones.

En este sentido, el Tribunal Constitucional revela sus preferencias respecto de los criterios de igualdad que deberían guiar la acción del Estado. Sostiene que la satisfacción de los derechos económicos y sociales representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Sin educación, salud y calidad de vida digna, mal podría hablarse de libertad e igualdad social.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> El Artículo 7° de la Ley N° 26626, que encarga al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual, reconoce a toda persona con VIH/SIDA el derecho a la atención integral y a la prestación previsional que el caso requiera. Asimismo, la Ley N° 28243, que modifica la Ley N° 26626, establece que la atención integral de salud es continua y permanente e indica que la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situación de vulnerabilidad y pobreza extrema.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional peruano del 5 de octubre del 2004 sobre el Expediente N° 2016-2003-AA/TC.

<sup>21</sup> Esta concepción de equidad del Tribunal Constitucional es muy cercana a los criterios de John Rawls (profesor de Filosofía en la Universidad de Harvard) y Amartia Sen (Premio Nobel de Economía). John Rawls plantea dos principios respecto de la justicia distributiva. Por un lado, el "El primer principio exige una libertad igual básica para todos y que el sistema político resultante, cuando las circunstancias lo permiten, es el de alguna forma de democracia constitucional"; asimismo, señala que el principio de diferencia (el segundo principio) dice que las diferencias económicas y sociales "son justas solamente si forman parte de un sistema más amplio dentro del cual se beneficia al individuo representativo más desafortunado", Rawls, John, "Justicia Distributiva", Revista Estudios Público N° 42, p. 8-9.

La sentencia afecta la política pública, pues compromete recursos del Estado en la prestación de servicios para nuevos beneficiarios. De esta forma el Tribunal no solo está aplicando la Ley o controlando la constitucionalidad de la norma o de la actuación del Estado, sino que principalmente está decidiendo sobre una reasignación de los recursos hacia un determinado grupo de personas.

Asimismo, dada la fundamentación que hace el Tribunal Constitucional para emitir su decisión, en el futuro el Ejecutivo y el Legislativo tendrán que tener en consideración sus preferencias. En este sentido, los órganos estatales estarán actuando estratégicamente.

Nuevamente, en este caso, el Tribunal Constitucional actúa como un órgano colegiado (una institución), pues no se presentan votos individuales. Además, actúa como representante de la sociedad, especialmente de un grupo de personas que estando en estado de vulnerabilidad no reciben atención del Estado, aun cuando existe la obligación de hacerlo.

Algo similar ocurre en el caso brasileño<sup>22</sup>, donde la política sí abarca a todas las personas, pero solo cubre ciertos tratamientos y medicamentos; sin embargo, en muchas ocasiones el Poder Judicial (ya no el Tribunal Constitucional como en el caso peruano) ordena al Estado brindar tratamientos o medicamentos adicionales, afectado la política pública y reasignado recursos posiblemente de otros programas hacia cierto grupo de personas.

Por supuesto, una intervención como la del Tribunal Constitucional peruano y del Poder Judicial de Brasil en las políticas públicas es muy riesgosa, pues abre una puerta para que todas las personas exijan prestaciones del Estado, obligando a reasignar recursos de programas o políticas que pueden ser más importantes o, puede ocasionar que se reduzca la calidad de la atención de salud para ampliar la cobertura a más personas.

---

Amartia Sen por su parte sostiene que "...resulta difícil entender una perspectiva de libertad que no tenga a la equidad como elemento central. Si la libertad es realmente importante, no puede ser correcto reservarla únicamente para unos pocos elegidos. En este contexto es importante reconocer que las negaciones y violaciones de la libertad se presentan típicamente bajo la forma de negar los beneficios de la libertad a algunos aun cuando otros tienen la plena oportunidad de disfrutarlos. La desigualdad es una preocupación central en la perspectiva de la libertad." En "*¿Qué impacto puede tener la ética?*", trabajo presentado en el Seminario Internacional "Ética y Desarrollo" – Banco Interamericano de Desarrollo, 2003.

<sup>22</sup> Un estudio interesante sobre el tema en Brasil es el de Camila Duran Ferreira: "O Judiciário e as políticas de Saúde no Brasil: o caso AIDS", 2004.

## Conclusiones

La participación de los tribunales constitucionales en el proceso de formulación de políticas públicas se presenta de muchas maneras, influyendo en el diseño, implementación y posiblemente en el impacto de las mismas. Tal participación puede ser estudiada desde diversas perspectivas, como las que conciben al Tribunal Constitucional como una institución, como un conjunto de jueces individuales, como un actor en una relación estratégica con otros órganos, o desde otros enfoques que pueden permitir una mejor comprensión de su influencia en las políticas públicas.

El presente trabajo y los ejemplos analizados en él solo pueden brindar una aproximación del complejo tema de interacción entre los órganos jurisdiccionales y los diversos órganos del Estado en el proceso de formulación de las políticas públicas. Por ello, para un mejor entendimiento de los órganos jurisdiccionales como actores relevantes en el proceso de formulación de políticas públicas se requerirá futuras y más comprehensivas investigaciones. Solo se espera haber sembrado la inquietud por desarrollar con más profundidad un tema tan interesante y apasionante como éste.

## Referencias

- Banco Interamericano de Desarrollo. *La política de las Políticas Públicas*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2006.
- Baird, Vanessa A. y Hurwitz, Mark S. *Going Public: The Supreme Court's ability to Influence Public Policy Outcomes over Time*. 2006
- Duran Ferreira, Camila. *O Judiciario e as políticas de Saúde no Brasil: o caso AIDS*, 2004.
- Rawls, John. *Justicia Distributiva*, Revista Estudios Público N° 42, 1986.
- Rehder, Britta. *What is political about jurisprudence? Courts, politics and political science in Europe and the United States*. Max Plank-Institute for the Study of Societies. Cologne, 2007

- Sánchez González, Santiago. *La Imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional*. En *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, México: 2003-2004
- Safjan, Marek. *Politics and Constitutional Courts. A judge's personal perspective*. European University Institute, Italia, 2008.
- Sen, Amartia. *¿Qué impacto puede tener la ética?*, trabajo presentado en el Seminario Internacional “Ética y Desarrollo” – Banco Interamericano de Desarrollo, 2003.
- Sentencia del Tribunal Constitucional chileno del 18/04/2008. En:  
[www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/914](http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/914)
- Sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el Expediente N° 3741-2004-AA/TC. En: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)
- Sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el Expediente N° 7435-2006-AC/TC. En: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)
- Sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el Expediente N° 2016-2003-AA/TC. En: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)
- Stiglitz, Joseph E. “Principal and Agent”. En:  
<http://www2.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/information.cfm>, 1989.

## **Autor**

### **Pavel Gabriel Corillocla Terbullino**

Abogado Por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Perú  
Estudiante del Magíster en Políticas Públicas en la Facultad de Economía y Negocios de  
la Universidad de Chile.

[pcorillo@fen.uchile.cl](mailto:pcorillo@fen.uchile.cl)

[pcorillocla@ceede.org.pe](mailto:pcorillocla@ceede.org.pe)