

Juan Carlos Jara Castro* (Perú)

Control constitucional de políticas públicas y política constitucional**

RESUMEN

En el presente artículo se explica la importancia de la política constitucional como parámetro para el control constitucional de políticas públicas. En ese sentido, se propone, en primer lugar, que, desde el enfoque de la política constitucional, los procesos de control de políticas públicas deben apostar por una interpretación prospectiva, concordante con el pensamiento de la posibilidad y, en segundo lugar, deben instaurar una estructura procesal participativa.

Palabras clave: control constitucional; políticas públicas; política constitucional.

Constitutionality Review of Public Policies and Constitutional Policy

ABSTRACT

This article discusses the importance of constitutional policy as a parameter to conduct the constitutionality review of public policies. Thus, it argues that, based on a constitutional policy approach, processes for carrying out public policy review should incorporate a prospective interpretation, compatible with the notion of possibility, and, second, they should establish a participatory procedural structure.

Keywords: Constitutionality review; public policies; constitutional politics.

* Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente de cátedra de los cursos Derecho Constitucional I y Filosofía del Derecho; investigador del Grupo de Investigación sobre Derechos Fundamentales, Derecho Comparado, Tecnología y Neurociencia (Gideften) de la PUCP. jcjara@pucp.edu.pe / <https://orcid.org/0009-0007-1473-7782>

** Agradezco a los profesores César Landa Arroyo y Jorge León Vásquez por su permanente apoyo en la elaboración de este artículo. Sus comentarios y recomendaciones han sido esenciales para esclarecer muchas de las ideas aquí plasmadas. Asimismo, agradezco a mi amiga María Paz Rodríguez por las conversaciones y por su compañía en esta ruta.

Verfassungskontrolle der öffentlichen Politik und Verfassungspolitik

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel erläutert die Bedeutung der Verfassungspolitik als Parameter für die Verfassungskontrolle der öffentlichen Politik. Dabei wird vorgeschlagen, aus der Perspektive der Verfassungspolitik die Kontrollprozesse der öffentlichen Politik entsprechend dem Realisierbarkeitsgedanken auf eine vorausschauende Auslegung auszurichten und zweitens eine partizipative Prozessstruktur zu schaffen.

Schlagwörter: Verfassungskontrolle; öffentliche Politik; Verfassungspolitik.

a Paola Fiorella Jara Castro

Introducción

Hay una tendencia creciente en las cortes constitucionales de la región a controlar políticas públicas. Sobre el particular, podemos citar los emblemáticos casos de Colombia (Sentencia T-025 de 2004), Brasil (ADPF 45/DF) y Perú (Sentencia 02566-2014-PA/TC).

En todos estos casos, el reto ha sido encontrar un punto de equilibrio para que los jueces no renuncien a sus deberes de tutela frente a la afectación de derechos fundamentales por la arbitrariedad o el déficit de una política pública, pero que al hacerlo tampoco incurran en excesos o vulneren el principio democrático y la separación de poderes.

Sin embargo, a pesar de que el control de políticas públicas se presenta como una realidad en la práctica jurídica constitucional, aún no se desarrollan técnicas adecuadas que permitan a los jueces ejercer esta supervisión sin interferir en las competencias de los órganos de gobierno.

Bajo esa premisa, el presente artículo sostiene que la política constitucional –entendida como el programa político normativo plasmado en la constitución– es una categoría dogmática adecuada para que los jueces controlen la constitucionalidad de las políticas públicas, por cuanto permite esclarecer los objetivos políticos fundamentales normados en la constitución, que son el parámetro de validez de las políticas de gobierno, así como someter dichos objetivos a la deliberación democrática.

1. Fundamentos del control

Como lo ha explicado la profesora Ada Pellegrini, el control constitucional de las políticas públicas se sostiene en dos grandes transformaciones en el pensamiento

constitucional contemporáneo: 1) la transformación del Estado liberal en Estado social; 2) la transformación del rol del juez en el Estado constitucional de derecho.¹

1.1. El Estado social

El tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho supuso que el Estado deje su posicionamiento neutro y pasivo frente a los ciudadanos –propio de la ideología liberal– para asumir un rol activo en busca de justicia social.²

Esta transformación ideológica influyó en el constitucionalismo de mediados de siglo XX, que se caracterizó por la producción de constituciones con un notable contenido axiológico, lo cual fue alentado por la tragedia humana del Holocausto e hizo necesario asumir una “ética jurídica” que limitara y orientara la acción del Estado para la consecución de ciertos fines.³ Dicho en otras palabras, el Estado dejó de pretender la neutralidad para comprometerse con la defensa activa de ciertos principios.

Con ello, las normas constitucionales cambiaron su estructura. En ese marco, prolifera la incorporación de normas de programa (tradicionalmente denominadas normas programáticas)⁴ a la constitución. Estas son normas que prefiguran un estado de cosas o ciertas transformaciones sociales que el Estado se compromete a alcanzar.

Asimismo, se produce un ensanchamiento en las cartas de derechos, con el especial reconocimiento de derechos fundamentales sociales, los cuales se caracterizan por su contenido colectivo y sus pretensiones “igualadoras”, que se satisfacen principalmente a través de políticas de Estado.

Estas transformaciones han motivado que cierto sector de la doctrina sostenga que la constitución del Estado social es una constitución dirigente⁵ (constitución que gobierna), la cual precisa un modelo de Estado mucho más activo, con el fin de garantizar que se cumplan los objetivos trazados por esta.

¹ Ada Pellegrini Grinover, “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”, *Revista de Processo* 33, n.º 164 (2008): 9-14.

² Pablo Lucas Verdú, *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho* (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1955), 80.

³ Gregorio Peces-Barba Martínez, “Ética, política y derecho: el paradigma de la modernidad”, *Revista de Derecho Público*, n.º 61 (1999): 104-130.

⁴ Es cierto que, históricamente, el término “programático” ha sido usado como antónimo de “normativo”, pero, como lo ha explicado el profesor Díaz Revorio, dicha comprensión no pasa de ser una confusión terminológica, pues lo único que se pretende expresar con dicho término es el carácter directivo u orientativo de ciertas normas, lo cual no tiene por qué negar su normatividad. Cfr. Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores constitucionales e interpretación constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 182.

⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas* (Coimbra: Coimbra Editora), 1994.

1.2. El rol del juez constitucional

Como quiera que la función del juez constitucional es defender la vigencia efectiva de la constitución, su posición en el Estado constitucional está determinada por el contenido de esta.

En ese orden de ideas, la transformación del Estado liberal en Estado social –y, con ello, el surgimiento de la constitución dirigente– cambió también el rol de los jueces constitucionales, quienes han pasado a ser responsables del cumplimiento de los programas políticos constitucionales en materia económica, social y cultural. Como lo explica el profesor Sagüés, “no se trata solamente de hacer prevalecer, en todos los casos por resolver, a las reglas jurídicas de la Constitución, sino también al espíritu político que las anima, esto es, el techo ideológico de la Constitución”.⁶

En ese entendido, en el marco del Estado social se reaviva la preocupación por el surgimiento de un “gobierno de los jueces”, pues estos se posicionan como actores centrales en el proceso político y, en contrapartida, los órganos de gobierno se ven mucho más limitados en su discrecionalidad. Como explica Grossman, “cuando el ‘nuevo’ derecho en cuestión se vincula con políticas sociales, esta expansión del poder de los jueces trae aparejada una correlativa reducción del poder del Congreso y del presidente, que son quienes tradicionalmente se encargan del diseño y la implementación de tales políticas”.⁷

Esta preocupación no es nueva, ya que siempre ha existido una tendencia a separar la actividad jurisdiccional de la actividad política o gubernamental. Sin embargo, tras la experiencia humana de la Segunda Guerra Mundial se comprendió que, cuando el poder político no se controla, puede ser pervertido en una gran máquina de corrupción.⁸ En ese marco, se reconoce el papel que tiene el juez constitucional para controlar los excesos, pero también para dirigir a los poderes públicos hacia ciertos fines políticos. Así lo explica Osvaldo Canela Junior:

Se entiende por política de Estado, al conjunto de actividades del Estado encaminadas a sus fines, de conformidad con ciertos objetivos a alcanzar. Es un conjunto de normas (Poder Legislativo), actos (Poder Ejecutivo) y decisiones (Poder Judicial) que tienen por objeto alcanzar los fines primordiales del Estado.

Como toda actividad política realizada por el Poder Legislativo y el Ejecutivo debe ser compatible con la Constitución, corresponde al Poder Judicial analizar, en cualquier situación y siempre que se provoque, lo que

⁶ Néstor Pedro Sagüés, “Del juez legal al juez constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 4 (2000), 343.

⁷ Lucas S. Grosman, “El control judicial de las políticas sociales”, en *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, coord. por Pablo Riberi (Ciudad de México: UNAM, 2019), 190.

⁸ Mauro Cappelletti, “¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17 (1986): 9-46.

convencionalmente se denomina “actos de gobierno”, o “cuestiones de gobierno”, bajo el prisma del cumplimiento de los fines [constitucionales] del Estado.⁹ (Traducción libre)

Por esta razón, se ha dicho que la justicia constitucional es el “punto de convergencia” de los tres poderes del Estado.¹⁰ De manera que, cuando el juez constitucional controla dichos poderes, para el cumplimiento de las aspiraciones del Estado social, está actuando como una suerte de estadista, con la pretensión de concretizar los objetivos políticos fundamentales que establece la constitución para la protección de los derechos de las personas.

Sin embargo, esta función no es posible si los operadores del derecho no cuentan con las herramientas necesarias. Por eso, como lo planteaba Pablo Lucas Verdú, la tarea de la dogmática constitucional debe ser desarrollar conceptos y categorías útiles para contribuir a la “continuidad histórica y sistemática de la Constitución real”.¹¹ Con ese fin es que el desarrollo de la “política constitucional” resulta ser una categoría adecuada para el control de la actividad de gobierno y, en específico, para el control de las políticas públicas.

2. Política constitucional

Como lo señalamos, en el Estado social y democrático de derecho, la constitución se transforma en una suerte de “programa” que orienta la acción del Estado hacia determinados fines. Esto se debe a que en la sociedad contemporánea el Estado ha dejado de ser, como decía Lasalle, un guardián nocturno del orden,¹² para desempeñar un papel esencial en la vida política, social y económica de la nación. Esto se refleja en la norma constitucional y, en consecuencia,

... se ve en la Constitución una norma que no solo debe señalar al poder público los límites de lo permitido, sino que le impone también el deber positivo de crear un orden. La Constitución, en otras palabras, se transforma toda ella en programa, y la legislación ya no es el instrumento de una acción política libre dentro de los límites negativos que la Constitución impone, sino que es el “desarrollo” de la Constitución, del programa que la Constitución contiene.¹³

⁹ Osvaldo Canela Junior, en Pellegrini, “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”, 14.

¹⁰ Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político* (Madrid: Tecnos, 1986), 820.

¹¹ Pablo Lucas Verdú, “El derecho constitucional como derecho administrativo”, *Revista de Derecho Político*, n.º 13 (1982): 7-52, 14.

¹² Pedro de Vega García, *La problemática constitucional del Estado contemporáneo* (Lima: Palestra, 2023), 67.

¹³ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 2.^a ed. (Barcelona: Ariel, 1988), 44.

Esto repercute en la actuación de los órganos de gobierno, los cuales ya no están sometidos solo a la orientación política coyuntural, que se produce como resultado de la actividad de las fuerzas políticas del momento, sino también a una orientación política constitucional, que es la que el constituyente ha decidido materializar en la constitución.¹⁴

2.1. Concepto

Pablo Lucas Verdú define la política constitucional como “el proceso político que conduce a la elaboración de las normas y la configuración de institutos, de acuerdo con un instrumento jurídico, codificado y sistemático (Constitución) y con su legislación complementaria que configuran la organización y ejercicio del poder y el resguardo de los derechos humanos”.¹⁵

De esta definición podemos extraer dos nociones de política constitucional:

1. Política constitucional como “programa” político cristalizado en la constitución.
2. Política constitucional como “proceso” político, por el cual se realiza y desarrolla el programa constitucional.

Como se puede apreciar, la primera es una concepción “estática” de la política constitucional (programa político preestablecido en una constitución) y la segunda es una concepción “dinámica” (el programa constitucional desarrollado por las fuerzas políticas en un determinado momento).

Ahora bien, la primera objeción que podría surgir contra la idea de que la constitución contenga un “programa” de gobierno predefinido es que este sea usado como un instrumento totalizador, que pretenda instaurar una concepción unidimensional del Estado y de la sociedad.¹⁶

Sin embargo, en el marco del Estado social y democrático, la política constitucional permanece incompleta y abierta a un proceso de evolución social. En ese sentido, el desarrollo de la política constitucional es un proceso en el que debe participar toda la sociedad en un diálogo abierto y sobre la base de razones públicas constitucionales (desarrollo espontáneo de la política constitucional).

El problema surge cuando ese debate nunca se da (o es deficiente), y se encuentra en juego el cumplimiento de una política de Estado que el constituyente ha considerado de primordial interés. Entonces, es necesario que intervengan los

¹⁴ Raúl Canosa Usera, “La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, n.º 67 (1990): 136-140.

¹⁵ Verdú, *Curso de derecho...*

¹⁶ Gilberto Bercovici, “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa* 36, n.º 142 (1999): 35-51, 40.

jueces constitucionales en su rol de defensores de la constitucionalidad (desarrollo contencioso de la política constitucional).

2.2. Naturaleza y alcances

La política constitucional está plasmada en cierto tipo de normas que, por su naturaleza material,¹⁷ establecen el programa político de la constitución. Estas normas son las siguientes:

1. Normas de derechos fundamentales: Son aquellas que garantizan un estatus jurídico de protección a los ciudadanos.
2. Garantías institucionales: Son las normas que procuran protección a ciertas instituciones públicas o privadas.
3. Estructura y fines del Estado: Son las normas que establecen principios estructurales del Estado o que determinan ciertos fines/directrices para la acción estatal.
4. Normas con mandatos constitucionales: Son aquellas que establecen órdenes concretas a los poderes del Estado (regularmente están dirigidas al legislador).¹⁸

Cabe mencionar la importancia de los preámbulos constitucionales para sintetizar la “fórmula política” de la constitución y, con ello, perfeccionar la interpretación de la política constitucional.¹⁹

Las normas antes mencionadas tienen en común que establecen mandatos generales de acción a los poderes públicos, dejando un importante margen para que el gobierno disponga de las medidas que considere más idóneas, tomando en cuenta los recursos existentes. Sin embargo, tomar en serio la fuerza normativa de la constitución implica reconocer que, ante la omisión o la actuación insuficiente del Estado, la justicia constitucional puede intervenir para controlar el cumplimiento de estas previsiones constitucionales.

En este marco, la política constitucional es un insumo que permite consolidar estos mandatos de acción en medidas de gobierno concretas: la política constitucional es el material de trabajo para que el legislador y el órgano de gobierno elaboren políticas públicas y, ante su omisión o acción insuficiente, debe ser el marco normativo para que la justicia constitucional controle u ordene la acción del Gobierno.

¹⁷ Según una clasificación comentada por el profesor Klaus Stern, las normas constitucionales se pueden dividir en: 1) normas jurídico-formales: aquellas que determinan la existencia y composición del Estado; 2) las normas jurídico-materiales: aquellas referidas a los fines, comportamiento y contenido de la actividad del Estado. Cfr. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987), 271.

¹⁸ *Ibid.*, 274-278.

¹⁹ Javier Tajadura Tejada, *El preámbulo constitucional* (Granada: Editorial Comares, 1997).

2.3. Pensamiento institucional

Es importante enfatizar que defender la existencia de una política constitucional, que debe ser seguida por los órganos de gobierno, no implica defender un dirigismo estatal que neutralice el proceso democrático de toma de decisiones.

Por ello, el control de la política constitucional debe realizarse en el marco de un pensamiento institucional, que integre el pensamiento de la posibilidad (*Möglichkeitsdenken*), el pensamiento de la necesidad (*Notwendigkeitsdenken*) y el pensamiento de la realidad (*Wirklichkeitsdenken*), para conseguir una interpretación de la constitución, concordante con los principios de una sociedad abierta.²⁰

En ese marco, la interpretación se desenvuelve ya no solo en el ámbito de lo constitucionalmente debido, sino también, y más concretamente, en la esfera de lo constitucionalmente posible.²¹

En ese sentido, el juez constitucional debe tomar en cuenta que su función como defensor de la constitución no se cumple solamente cuando ordena a los órganos de gobierno la elaboración y el despliegue de ciertas políticas públicas (control fuerte de constitucionalidad), sino también cuando soluciona las fallas en el proceso democrático y cuando orienta el debate ciudadano a los justos términos del debate político-constitucional (control suave de constitucionalidad).²²

3. Gobierno y políticas públicas

El Gobierno desempeña un papel crucial para el desarrollo de la política constitucional, debido a la posición que ocupa como hacedor de políticas públicas, en los diferentes ámbitos de la vida estatal. No obstante, a pesar de su importancia central en la estructura del Estado, la institución gubernamental ha sido poco estudiada por la literatura constitucional.

Las primeras reflexiones doctrinales en torno a la noción de 'Gobierno' se debieron a que el clásico esquema de división de poderes –ejecutivo, legislativo y judicial– no fue capaz de explicar integralmente las funciones del Estado.²³ De esta manera, se elaboró la idea de 'Gobierno' para explicar la función que cumplía el Estado como director de la política interior y exterior.

El estudio de la función de gobierno, sin embargo, presentó serias dificultades puesto que, a diferencia de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, esta se

²⁰ César Landa Arroyo, "Ética y justicia constitucional", *Revista de Derecho Político*, n.º 75-76 (2009): 245-272.

²¹ Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988), 302.

²² *Idem.*

²³ Isabel M. Giménez Sánchez, "Indirizzo político, dirección política, impulso político: el papel del parlamento", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de México*, n.º 8 (2008).

presentaba como una función difusa (no se conocía en puridad cuáles eran los “actos públicos” que correspondían a la actividad de gobierno).²⁴

En su defecto, la actividad de gobierno se empezó a caracterizar como una función extralegal y ampliamente discrecional,²⁵ en la cual el Estado se desempeñaba como el encargado de conducir a la comunidad hacia el cumplimiento de ciertos objetivos políticos.

Esto explica que las primeras propuestas teóricas sobre la función de gobierno fueran desarrolladas por el fascismo italiano, para interpretar la posición preponderante que ostentaba la figura del jefe de Estado.²⁶

Sin embargo, esta comprensión del Gobierno no se ha sostenido en el marco del Estado constitucional, como veremos a continuación.

3.1. La posición constitucional del Gobierno

La constitucionalización del Gobierno ha motivado que se deje atrás su concepción clásica como poder extralegal, para incorporarlo como una función esencial del Estado democrático de derecho.

En ese sentido, el derecho constitucional ha contribuido a la comprensión del rol de gobierno desde los siguientes enfoques:

1. El estudio de las competencias constitucionales, que permiten a ciertos poderes tener mayor incidencia en la dirección política del Estado.
2. El estudio de la política constitucional, como el parámetro en el cual se despliega la acción gubernamental.

El primero de estos temas nos permite entender la posición del Gobierno a través de sus competencias. Mientras que el segundo nos permite conocer la posición del Gobierno con base en su función primordial: el cumplimiento y desarrollo de la política constitucional. Sobre estos puntos nos detendremos brevemente.

3.1.1. Competencias constitucionales del Gobierno (dimensión orgánica)

Podemos aproximarnos a la posición del Gobierno a través de las competencias que le confiere la constitución.

²⁴ Por mucho tiempo, la teoría más aceptada sobre los actos de gobierno fue la del “móvil político”, desarrollada por el Consejo de Estado Francés, según la cual, el acto de gobierno se califica como tal por su fin político, sin importar su naturaleza. Cfr. Roberto Ríos Elizondo, *El acto de gobierno* (México: Porrúa, 1975), 393-413.

²⁵ Ignacio de Otto y Pardo, “La posición constitucional del gobierno”, *Documentación Administrativa*, n.º 188 (1980): 139-182, 172.

²⁶ Ignacio Fernández Sarasola, “Dirección política y función de gobierno en la historia constitucional”, *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n.º 4 (2003): 151-195.

Lo que caracteriza a esas competencias es que permiten al órgano de gobierno influir de manera significativa en la dirección política del Estado, lo cual es posible, regularmente, a través de la facultad de tomar decisiones de alcance general y con un amplio margen para actuar. En el caso peruano, por ejemplo, se entiende que la posición de gobierno la ostenta el Poder Ejecutivo.²⁷ La Constitución establece que el presidente es el jefe de Estado y personifica a la nación (art. 110), y que dirige la política general del Gobierno (art. 118, inc. 3). Asimismo, ejerce las demás funciones que la Constitución y las leyes le encomiendan (art. 118, inc. 24).

En ese entendido, el presidente de la República tiene el poder de emitir decretos legislativos previa autorización del Congreso (art. 104), emitir decretos de urgencia en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional (art. 118, inc. 19), declarar estados de excepción (art. 137), disolver el Congreso si se ha negado la confianza a su gabinete ministerial en dos ocasiones (art. 135), etc.

Ahora bien, ciertamente, conocer las competencias del órgano de gobierno nos permite entender cuál es su posición en el Estado constitucional, pero no termina de explicar cuál es la función que debería cumplir. Para esto, es necesario aproximarse al concepto de Gobierno desde su dimensión sustancial o material.

3.1.2. El Gobierno como órgano encargado de dirigir la política constitucional (dimensión material)

Debido a su posición en el Estado constitucional, el órgano de gobierno se constituye como el encargado de dirigir la política constitucional, es decir, es el responsable de que se adopten las medidas necesarias para cumplir con el proyecto político establecido en la constitución.

Esto quiebra por completo con el antiguo dogma de que la función de gobierno es extralegal y, por tanto, exenta del control jurisdiccional. La realidad es que, si bien el gobierno ostenta una amplia discrecionalidad para conducir la política de Estado, dicho margen de acción se encuentra circunscrito y orientado por la constitución y, en caso de que el gobierno contravenga dichos mandatos, entonces, la justicia constitucional deberá intervenir para corregir tales excesos, defectos u omisiones.

Desde esta aproximación, siguiendo al profesor Gomes Canotilho, podemos definir la función de gobierno como aquel conjunto de funciones legislativas, reglamentarias, planificadoras, administrativas y militares, de carácter económico, social, financiero y cultural, destinadas a la individualización y graduación de las prestaciones constitucionalmente establecidas.²⁸

²⁷ César Landa Arroyo, *La posición constitucional del Poder Ejecutivo* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2023).

²⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.^a ed. (Coimbra: Almedina, 2003), 648.

3.2. Políticas públicas

Las políticas públicas son el principal instrumento para que el órgano de gobierno, en ejercicio de sus competencias, pueda cumplir con su función de materializar los fines y proyectos establecidos en la constitución.

La noción de políticas públicas tiene sus primeros trazos en el artículo “The policy orientation” (1951) del reconocido profesor Harold Laswell, en el cual el autor llama la atención sobre una tendencia asentada en diferentes gobiernos en el mundo a “racionalizar” los procesos de toma de decisiones políticas.

Las políticas públicas se conciben como aquellas decisiones gubernamentales que implican la selección y el desarrollo de una serie de fines, sobre la base de evidencia y conocimientos técnicos, con el propósito de solucionar problemas de interés general.²⁹

Sin embargo, no se debe perder de vista que las políticas públicas también ostentan una dimensión ética o política, por cuanto son medidas con proyección de gobierno. Como lo expresa André-Noel Röth, son actos que tienen como objeto “la concretización de los principales objetivos de la sociedad y del Estado”.³⁰

En consecuencia, las políticas públicas no se deben analizar como decisiones seculares o exentas de control jurisdiccional debido a su naturaleza técnica (a esto se le denomina la “objeción técnica”³¹ del control de políticas públicas), lo cual además es subsanable permitiendo una mayor actividad probatoria en el proceso,³² sino que se les debe entender como actos de gobierno que, por tanto, deben conducirse en el marco de la constitución.

La proyección de gobierno que ostentan las políticas públicas las hace, pues, objeto de control por parte de los jueces constitucionales y, en dicho escenario, como

²⁹ Gema Pastor Albaladejo, “Elementos conceptuales y analíticos de las políticas públicas”, en *Teoría y práctica de las políticas públicas*, ed. por Gema Pastor Albaladejo (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 17-45.

³⁰ André-Noel Röth Deubel, “Introducción para el análisis de las políticas públicas”, *Cuadernos de Administración*, n.º 30 (2003): 113-128, 115.

³¹ El profesor Sosa Sacio menciona que existen tres principales objeciones contra el control jurisdiccional de políticas públicas sociales: 1) la objeción funcional; 2) la objeción técnica; y 3) la objeción democrática. Cfr. Juan Manuel Sosa Sacio, “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir”, en *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, coord. por Juan Manuel Sosa Sacio (Lima: Palestra, 2017), 73.

³² En el caso peruano, uno de los principales retos para el control constitucional de políticas públicas es la ausencia de una etapa probatoria en los procesos constitucionales de tutela de derechos. En estos casos habría que ver cuáles son las posibilidades y los límites que ofrece el artículo 13 del Nuevo Código Procesal Constitucional, que establece: “En los procesos constitucionales los medios probatorios se ofrecen con la interposición de la demanda y en el escrito de contestación. Sólo son procedentes aquellos que no requieren actuación, *lo que no impide la realización de la actuación de las pruebas que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso*” (énfasis agregado).

lo veremos a continuación, la política constitucional es un elemento esencial como parámetro de control.

4. El control constitucional de las políticas públicas como control de la política constitucional

La política constitucional es el principal parámetro para el control constitucional de políticas públicas, pues establece el marco de orientación y los confines de los emprendimientos políticos del Estado.

Como consecuencia de ello, el proceso de control de políticas públicas debe estructurarse de tal manera que permita la debida actuación de la política constitucional que, como se ha explicado, se trata de un entramado de normas con la pretensión de ordenar y dirigir la vida estatal, pero, al mismo tiempo, incompleta y abierta a los procesos de cambio (por eso, Peter Häberle ha dicho que la política constitucional es la “creación consciente y el desarrollo ulterior de la Constitución”).³³

Considerando lo anterior, las piezas clave para el control constitucional de políticas públicas son, en primer lugar, una interpretación prospectiva, concordante con el pensamiento de la posibilidad y, en segundo lugar, el establecimiento de una estructura procesal participativa.

Sobre lo primero, la interpretación prospectiva³⁴ consiste en que el juez no reduzca su análisis a las infracciones normativas ocurridas, sino que “construya”, sobre la base de la norma y la realidad, directrices o medidas concretas de gobierno, que permitan el desarrollo de la política constitucional. Esta labor debe desarrollarse en armonía con un pensamiento institucional, es decir, transformando el carácter abierto de la norma constitucional en una posibilidad de acción y permitiendo que sean los ciudadanos los que, sobre la base de razones públicas constitucionales, decidan la marcha política del Estado.

En ese sentido, resultan interesantes propuestas de control de constitucionalidad suave, como la que desarrolló la Corte Constitucional de Sudáfrica en el Caso *South Africa v. Grootboom*. En este caso, la mencionada Corte evaluó la situación de un importante grupo de ciudadanos que terminaron en situación de indigencia tras haber sido expulsados de un terreno en el que habitaron durante muchos años por necesidad, ante lo cual el Gobierno de Sudáfrica no había adoptado ninguna medida, a pesar de que la Constitución reconocía el derecho a una vivienda.

Lo particular del caso es que la sentencia de la Corte solo contenía una “declaración” de la violación de derechos y algunas indicaciones de los aspectos en los que la política pública se mostraba deficiente, sin “órdenes específicas” respecto a

³³ Peter Häberle, *El Estado constitucional* (Ciudad de México: UNAM, 2016), 282.

³⁴ Abram Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, *Harvard Law Review* 89, n.º 7 (1976): 1281-1316.

las políticas públicas por implementar.³⁵ De este modo, la justicia constitucional se limitaba a sentar las razones públicas constitucionales sobre las cuales los órganos de gobierno podrían evaluar la mejor adopción de medidas.

Sobre este asunto también podemos mencionar la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que estableció como tesis de repercusión general el Tema 698. Esta controversia surgió de una demanda planteada por el Ministerio Público contra el municipio de Río de Janeiro debido a las malas condiciones en que se encontraba el Hospital Municipal Salgado Filho.³⁶

Inicialmente, la sentencia del Tribunal de Justicia del Estado declaró fundada la demanda y ordenó una serie de acciones específicas contra el municipio, como la realización de un concurso público para médicos y empleados técnicos del hospital, con fijación de plazo y multa por incumplimiento. El municipio interpuso recurso extraordinario contra esta decisión.

El Supremo Tribunal Federal declaró fundado parcialmente el recurso extraordinario por considerar que la decisión del Tribunal de Justicia del Estado interfería de manera irrazonable en las competencias de la administración pública. Asimismo, como parte de su sentencia, el Supremo Tribunal estableció una serie de pautas para el control jurisdiccional de las políticas públicas, que el Tribunal de Justicia del Estado debe tomar en cuenta para reformar su decisión. Como parte de estas pautas se determinó que “la resolución judicial, por regla general, en lugar de ordenar medidas concretas, debe señalar los objetivos a alcanzar y ordenar a la Administración Pública que presente un plan y/o los medios adecuados para conseguir el resultado”.

Como se puede advertir, en este caso, la posición del Supremo Tribunal está orientada a un control suave de constitucionalidad en el que, de manera similar al caso *South Africa v. Grootboom*, se prefiere que el juez establezca los objetivos constitucionales hacia los cuales se debe orientar la acción de gobierno (política constitucional), pero sin zanjar la discusión de manera concluyente, reservando la materialización del programa constitucional a la deliberación ciudadana y el diálogo institucional.

No obstante lo anterior, también es posible que se presenten situaciones en las que el incumplimiento de la política constitucional sea sistemático y, además, coincida con una democracia defectuosa que no permite que los ciudadanos participen en el desarrollo de la política constitucional (bloqueo institucional). En estos casos se justificará un control más fuerte de la política constitucional, en el que los jueces constitucionales fijen las bases de las políticas de gobierno o que, directamente, emitan órdenes contra los órganos de gobierno.

³⁵ Felipe Johan León Florián, “La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades” (tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013), 145.

³⁶ Entre los problemas que afrontaba el Hospital estaba el déficit de personal (personal médico y personal de seguridad), la falta de equipamiento (falta de una pantalla de cirugía de hernia, aparatos de rayos X en mal estado, entre otros) y el déficit de infraestructura (necesidad de crear una UCI infantil y neonatal).

Como ejemplo de esto podemos destacar el emblemático caso “Viceconte” en Argentina (Causa 31, 777/96). Esta controversia surgió en el marco de una grave epidemia de fiebre hemorrágica argentina, la cual brotaba periódicamente y con diferente intensidad en determinadas zonas desde 1958. Sin embargo, a la fecha de la demanda, el Estado no había adoptado las medidas adecuadas para proteger del contagio a la población.

Es importante mencionar que, en 1991, el Estado adquirió una vacuna de una institución extranjera, lo cual permitió que los contagios se redujeran. Sin embargo, ya no había dosis suficientes y la compra de vacunas no era una opción, pues, como la enfermedad brotó únicamente en Argentina, su producción no era rentable en el extranjero.

A pesar de esto, desde 1991, el Estado no mostraba avances significativos en la construcción de un centro para la producción de la vacuna en Argentina. Ante esta situación, Mariela Cecilia Viceconte presentó una demanda para que el Estado adoptara “todas las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna *Candid 1* contra la fiebre hemorrágica argentina”.

La Cámara Contencioso Administrativa Federal declaró fundada la demanda de la señora Viceconte y, en consecuencia, ordenó al Ministerio de Salud y Acción Social cumplir con un cronograma para la construcción de la unidad de fabricación de vacunas, elaborado por el instituto nacional responsable del proyecto. Además, se encomendó al defensor del pueblo el seguimiento y control de dicho cronograma. Cabe mencionar que, cuando en el año 2000 se constató que no había un cumplimiento notorio de la sentencia, el órgano judicial impuso astreintes y, además, el embargo del presupuesto de la nación para el año 2001.³⁷ De esta manera, recién en 2006 se concluyó la obra.

Como se puede apreciar, en este caso, debido a la gravedad de los hechos y ante la persistente inacción de los órganos de gobierno, la justicia argentina determinó que era necesario establecer un mandato mucho más concreto porque, de no hacerlo, se afectaría directamente el deber del Gobierno de garantizar el derecho a la vida y la salud.

Sin perjuicio de lo anterior, no debemos olvidar que en los casos de control de políticas públicas la justicia constitucional debe instaurarse como una salida democrática para que, ante la deficiencia o inoperancia de los órganos de representación política, los ciudadanos puedan postular sus pretensiones en un debate abierto. Por eso, la interpretación constructiva de los jueces debe ir de la mano de una estructura procesal participativa.

La estructura procesal participativa implica que el proceso de control de políticas públicas contenga canales que permitan la intervención de los diferentes actores públicos y privados que participan del desarrollo de la política constitucional. Asimismo, es importante que esta apertura democrática se traduzca en el fallo y que,

³⁷ León Florián, “La eficacia de los derechos sociales entre particulares”, 145.

además, en virtud del principio democrático, el juez constitucional tome en cuenta que la salida más adecuada siempre es la que permita que los ciudadanos sean los protagonistas en el desarrollo de la política constitucional.

Para conseguir estos objetivos, las cortes constitucionales han implementado una serie de instituciones, como la intervención de los *amicus curiae*, el establecimiento de audiencias públicas, o de seguimiento y ejecución de sentencias, entre otras.

Un ejemplo de cómo se puede hacer uso de estas instituciones dialógicas lo encontramos en el caso Beatriz Silvia Mendoza vs. Estado Nacional y otros, resuelto por la Corte Suprema de la Nación argentina. En este caso, un grupo de ciudadanos planteó una demanda colectiva contra el Estado nacional y 44 empresas por su responsabilidad en la contaminación del río Matanza-Riachuelo, con el fin obtener una indemnización y que se implementaran las medidas necesarias para la recuperación del medio ambiente.

Lo particular de este caso es que la Corte Suprema se propuso alcanzar una solución a través del diálogo entre los órganos del Estado y la sociedad civil, para lo cual se convocó a una serie de audiencias públicas. En la primera, en 2006, los distintos niveles de gobierno presentaron un plan de limpieza del río. Sobre esa base, en adelante, se realizaron otras audiencias en las cuales participaron ciudadanos, organismos no gubernamentales, universidades, entre otros. Con estos antecedentes, en julio de 2008, la Corte pronunció su decisión en la que definió las obligaciones que correspondían a cada parte, tomando en cuenta los aspectos debatidos en las audiencias antes mencionadas.³⁸ En este caso, también se encargó la supervisión de la ejecución de la sentencia al defensor del pueblo.

Como se puede ver, la estructura participativa del proceso hace que este cumpla una función democratizadora, pues permite que sectores de la población que muchas veces son excluidos del proceso de toma de decisiones puedan ejercer su derecho a intervenir en la creación de políticas públicas. Esto es especialmente importante en países como los latinoamericanos, en que los órganos de representación tienen poca legitimidad. En este marco, la judicialización de las políticas de Estado genera una nueva variante en el ejercicio democrático a través de lo que Roxana Cortina ha denominado “ciudadano-litigante”.³⁹

³⁸ Roberto Gargarella, “Justicia dialógica y derechos sociales”, en *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, coord. por Javier Espinoza de los Monteros y Jorge Ordóñez (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 132-134.

³⁹ Roxana Marina Cortina Mendoza, “Determinación de las funciones de la jurisdicción constitucional a partir del análisis de la justiciabilidad de las cuestiones políticas y de los derechos económicos, sociales y culturales” (tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006).

Conclusiones

El proceso de control de políticas públicas, entendido como control de la política constitucional, garantiza una suerte de “gobernanza constitucional” en la cual los jueces concretizan la política constitucional en opciones de gobierno y propician un debate abierto entre los ciudadanos.

En este ejercicio, la política constitucional sirve como un horizonte que permite desarrollar al máximo el proyecto político constitucional y, al someterlo al debate ciudadano, reactualiza su legitimidad.⁴⁰

Por estas razones, la política constitucional debe ser entendida como una herramienta que permite perfeccionar el proceso de gobierno. Esto se logra al conectar de manera coherente el proceso de formulación de políticas públicas, con las prioridades establecidas en la constitución, y al coadyuvar a que la deliberación ciudadana se realice con base en razones públicas constitucionales.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede ignorar el contexto de los gobiernos actuales en la región, donde se están expandiendo prácticas de constitucionalismo autoritario,⁴¹ en que se invoca la carta con el fin de legitimar prácticas antidemocráticas. En ese sentido, se debe defender una comprensión abierta de la política constitucional, concordante con el pensamiento de la posibilidad.

De esta manera, la política constitucional no puede servir de ningún modo para el establecimiento de un dirigismo estatal que neutralice la participación ciudadana, sino todo lo contrario, esta debe entenderse como el marco jurídico dentro del cual se debe fomentar una amplia deliberación pública. Así pues, la máxima debería ser que, a mayor intervención de la jurisdicción constitucional en las cuestiones de gobierno, mayor deberá ser la participación ciudadana en el debate constitucional.

Bibliografía

- BERCOVICI, Gilberto. “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa* 36, n.º 142 (1999): 35-51.
- CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CANOSA USERA, Raúl. “La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional”. *Revista de Derecho Político*, n.º 67 (1990): 125-152.
- CAPPELETTI, Mauro. “¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17 (1986): 9-46.

⁴⁰ Canosa, *Interpretación constitucional...*, 267-270.

⁴¹ Mark Tushnet, “Authoritarian Constitutionalism”, *Cornell Law Review*, n.º 100 (2015): 391-461.

- CORTINA MENDOZA, Roxana Marina. “Determinación de las funciones de la jurisdicción constitucional a partir del análisis de la justiciabilidad de las cuestiones políticas y de los derechos económicos, sociales y culturales”. Tesis de licenciatura. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio. “La posición constitucional del gobierno”. *Documentación Administrativa*, n.º 188 (1980): 139-182.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 2.ª ed. Barcelona: Ariel, 1988.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro. *La problemática constitucional del Estado contemporáneo*. Lima: Palestra, 2023.
- DÍAZ REVORIO, Franciso Javier. *Valores constitucionales e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. “Dirección política y función de gobierno en la historia constitucional”. *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n.º 4, (2003): 151-195.
- GARGARELLA, Roberto. “Justicia dialógica y derechos sociales”. En *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, coordinado por Javier ESPINOZA DE LOS MONTEROS y Jorge ORDÓÑEZ, 132-134. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Isabel M. “Indirizzo político, dirección política, impulso político: el papel del parlamento”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de México*, n.º 8 (2008): 83-108.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição* 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- GROSMAN, Lucas. “El control judicial de las políticas sociales”. En *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, coordinado por Pablo RIBERI. Ciudad de México: UNAM, 2019.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Ciudad de México: UNAM, 2016.
- CHAYES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. *Harvard Law Review* 89, n.º 7 (1976): 1281-1316.
- LANDA ARROYO, César. “Ética y justicia constitucional”. *Revista de Derecho Político*, n.º 75-76 (2009): 245-272.
- LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 4.ª ed. Lima: Palestra, 2022.
- LANDA ARROYO, César. *La posición constitucional del Poder Ejecutivo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2023.
- LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. “La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades”. Tesis de maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

- LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho procesal constitucional e interpretación de la Constitución*. Lima: Palestra, 2023.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1955.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. “El derecho constitucional como derecho administrativo”. *Revista de Derecho Político*, n.º 13 (1982): 7-52.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho político*. Tomo IV. Madrid: Tecnos, 1986.
- PASTOR ALBALADEJO, Gema. “Elementos conceptuales y analíticos de las políticas públicas”. En *Teoría y práctica de las políticas públicas*, editado por Gema PASTOR ALBALADEJO, 17-45. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. *Revista de Processo* 33, n.º 164 (2008): 9-37.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “Ética, política y derecho: el paradigma de la modernidad”. *Revista de Derecho Público*, n.º 61 (1999): 104-130.
- RÍOS ELIZONDO, Roberto. *El acto de gobierno*. México: Porrúa, 1975.
- RÖTH DEUBEL, André-Noel. “Introducción para el análisis de las políticas públicas”. *Cuadernos de Administración*, n.º 30 (2003): 113-128.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir”. En *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, coordinado por Juan Manuel SOSA SACIO. Lima: Palestra, 2017.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- TAJADURA TEJADA, Javier. *El preámbulo constitucional*. Granada: Editorial Comares, 1997.
- TUSHNET, Mark. “Authoritarian constitutionalism”. *Cornell Law Review*, n.º 100 (2015): 391-461.