

Un Nuevo Actor Político: La Participación de los Tribunales Constitucionales en la Elaboración de las Políticas Públicas*

Omar Sumaria Benavente**
Karla Sofía Vassallo Efftha***

RESUMEN:

La intervención del Tribunal Constitucional en las políticas públicas se da través de sus decisiones jurisdiccionales y esta intervención se puede plasmar en distintos momentos de las etapas del ciclo de la política pública, tanto en la definición del problema como en el diseño de la política pública. Si de la comparación de la política original propuesta por el Legislativo o el Ejecutivo se verifica luego una modificación de la política pública, en cualquiera de esas etapas, estableciendo o ampliando el problema, estableciendo facultades, identificando o incluyendo actores, estableciéndose mecanismos de adecuación e implementación de la política pública a consecuencias de las decisiones del Tribunal Constitucional, entonces, la decisión jurisdiccional ha tenido efectos y el Tribunal Constitucional se habrá convertido en un actor relevante para el análisis de la política pública.

PALABRAS CLAVES:

Constitución - Proceso, Tribunal Constitucional - Políticas Públicas - Jueces Constitucionales - Democracia.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.
2. JUECES CONSTITUCIONALES Y SU RELACIÓN CON EL ESCENARIO POLÍTICO EN EL DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
3. MECANISMOS DE INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICA.
4. EFECTOS DE LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.
5. CONCLUSIONES.

* Este trabajo se realizó en forma conjunta con la doctora Karla Vassallo Efftha como parte de una investigación mayor para la Maestría en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica del Perú acerca del rol de los jueces constitucionales en el nuevo escenario político construido por las Constituciones Políticas vinculantes.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Procesal por la Universidad de Rosario, Argentina. Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo en la Universidad de Medellín, Colombia. Miembro de la Interamerican Bar Association, International Association of Procedural Law. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Instituto Colombo-Venezolano de Derecho Procesal. Profesor en Derecho Procesal Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Academia de la Magistratura. Arbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio «Cabrejos, Vassallo & Sumaria» Abogados.

*** Abogada por la Universidad de Lima. Estudios de Maestría en Ciencia Política en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora en Derecho Procesal Universidad Tecnológica del Perú y Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Socia del Estudio «Cabrejos, Vassallo & Sumaria» Abogados.

1. INTRODUCCION

En el seno del Tribunal Constitucional del Perú, y en la mayoría de los Tribunales Constitucionales, se manifiesta una resistencia a la identificación política explícita en su función, la que afirman opera sobre la base de la imparcialidad, razonabilidad y neutralidad en la adjudicación de derechos. Sin embargo, a pesar de estas características con las que actúa el Tribunal Constitucional, no niega el evidente contenido político de sus fallos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional en el desarrollo de su función manifiesta tendencias políticas que pueden ser de carácter subjetivo u objetivo, el primero con relación a la elección y conformación de sus miembros y el segundo con relación a la línea jurisprudencial de sus fallos que manifiestan una «tendencia política» que puede ser considerada en distintos momentos como conservadora, moderada o progresista, dependiendo del grado de sensibilidad hacia la agenda social postergada por los otros órganos del Estado o del control de los actos del ejecutivo o el legislativo a través de sus fallos, definiendo en última instancia las relaciones políticas entre el Tribunal Constitucional y los otros poderes del Estado, transformándose de esta forma en un macro poder o en el soporte del equilibrio del juego democrático.

De esta forma se tiene que las campañas políticas generalmente se basan en la identificación de los deseos y demandas colectivas de ciertos grupos de presión política, los cuales se traducen en ofertas políticas pre-electorales, pero pese a la importancia de la posible intervención de los jueces constitucionales para la viabilidad e implementación de dichas ofertas públicas no se analiza su tendencia política, siendo la estrategia de los grupos que alcanzan el poder político, tratar de copar o controlar estos órganos, y el último caso anularlos para implementar los cambios ofrecidos.¹

De esta forma, el análisis de la tendencia política del órgano de control constitucional se vuelve de vital importancia para la coordinación de los poderes del Estado y la posibilidad de llevar a efecto los cambios reclamados por la sociedad sin afectar el orden.

Así, desde hace algún tiempo se viene considerando a los jueces como actores políticos,

y las Cortes y Tribunales Constitucionales como instituciones relevantes que pueden influir en las políticas públicas. Sin embargo, pese a esta consideración, no está precisado el grado ni el efecto de esta intervención de estos actores políticos, jueces y Cortes Constitucionales, en cada una de las etapas del ciclo de las políticas públicas, lo que ha creado un vacío en cuanto a la definición de la participación, relevancia, forma y efectos que tienen las decisiones de estos órganos en cada una de las etapas del ciclo de las políticas públicas.

Para definir esta participación activa del Tribunal Constitucional en el ciclo de las políticas públicas se debe reconocer en principio que existen pocos o casi nulos estudios respecto del rol de los jueces en la implementación de políticas públicas, careciéndose de un puente que permita verificar los desarrollos que sobre jueces y cortes se han dado desde la ciencia política hacia el derecho y viceversa.

Esta ausencia de literatura específica se debe en principio, a que la gran mayoría de los estudios que analizan a los jueces y a la política predominantemente son de origen europeo y norteamericano, y han centrado su enfoque en la justicia constitucional, específicamente en el control judicial de las leyes.

Por otra parte, está otro grupo de literatura que intenta responder el comportamiento judicial y que ha sido menos explorada que la primera, y que tratan de responder ¿Qué hacen los jueces y por qué lo hacen? En este grupo se halla como principal antecedente la obra de Posner (POSNER, 2011) en el cual hace un estudio del complejo y diverso entramado de factores que llevan a los jueces a tomar decisiones sometiendo a escrutinio las condicionantes de naturaleza sociológica, psicológica, económica, política, filosófica y jurídica que influyen en la actividad decisoria de los tribunales.

Pero, el análisis de Posner no se queda en un nivel descriptivo del comportamiento del juez sino que tiene como escenario de contraste la jurisprudencia estadounidense para una comprensión cabal del papel del Tribunal Supremo para entenderlo como Tribunal Político y somete a revisión alguna de sus tendencias actuales, afirmando que «Una descripción de los magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, especialmente

¹ En el último escenario político para las elecciones generales (2010) se encontraban en competencia dos opciones políticas de marcada tendencia contraria entre sí. Una representada por agrupaciones de tendencia conservadora y liberal (Fuerza 2011, Perú Posible, Alianza para el Progreso, Solidaridad Nacional y APRA, y de otro lado fuerzas progresistas con un marcado contenido de cambio social y político (Gana Perú). Finalmente, la opción ganadora finalmente tuvo que modificar su discurso, pero en ningún momento se analizó ¿Cuál es la tendencia política del TC para el período 2008-2011 que permitiera la implementación de las políticas públicas ofrecidas? Es decir, pese a su relevancia es tratado como actor secundario. La hipótesis del presente trabajo es justo definir al Tribunal Constitucional como un actor relevante en la implementación de las políticas públicas

cuando deciden casos de derecho constitucional, es que son jueces políticos» (POSNER, 2011, pág. 298) Luego, el análisis de la «tendencia política» del órgano de control constitucional exige la creación de nuevas herramientas conceptuales a este fin, como son la «elasticidad jurisprudencial», «grado de aversión al riesgo», «márgenes tolerables», entre otros, que propios de otras disciplinas como la economía, se convierten en necesarios para esta metodología como aporte teórico en esta rama de estudio.

Posteriormente, surgen trabajos como Martín Shapiro en el cual amplía este espacio de estudio al dirigir hacia los jueces las preguntas que se suelen hacer frente a otros actores políticos ¿Cómo toman decisiones políticas?, ¿Cómo se relacionan con otros actores políticos?, ¿Porqué a veces aciertan o fallan en política?, a partir del cual se comenzó a considerar «sin vergüenza» alguna que las cortes y los jueces hacen parte del gobierno y participan de él con sus decisiones creando, modificando y suprimiendo políticas públicas (SHAPIRO, 2005)

En este aspecto de la función política del juez en el derecho europeo continental Mauro Cappelletti introduce el tema del rol del juez como órgano político en donde señala que «interpretación» y «creación» del derecho no son conceptos contrapuestos (CAPPELLETTI, 2010, pág. 147)

En el ámbito latinoamericano Augusto Morello (MORELLO, 2005, págs. 118-9) aborda el tema y el papel de la Corte Suprema de Argentina desde la óptica del poder y vista como pieza esencial del gobierno, que al juzgar sobre la base de la legalidad, razonabilidad y coherencia con las metas propuestas por la interpretación opera en un orden de ideas políticas congruente con los objetivos de las leyes y los medios que ellas impulsan a esos fines.

En el ámbito nacional, el tema es incipiente y tímido, la mayoría de los estudios respecto del Tribunal Constitucional del Perú se refiere al conjunto orgánico de sus fallos o recopilación de «jurisprudencia» de los precedentes vinculantes (QUIROGA León & CHIABRA VALERA, 2009), (ETO CRUZ, 2008) (ETO CRUZ, Syllabus de Derecho Procesal Constitucional, 2009), pero no se detiene o se aventura a verificar los efectos políticos de dichos fallos, no quedando claro la posición como actor político del Tribunal Constitucional, que en su seno, por otra parte manifiesta una resistencia a la identificación política explícita en el ejercicio de su función.

Otro grupo de autores, ya en el aspecto político se refieren a las anomalías del poder judicial como son la corrupción (MALEM SEÑA, 2000), (MALEM

SEÑA, La corrupción.Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, 2002) (MUJICA, 2010), pero se alejan de los efectos políticos de este actor en una situación de normalidad.

Recientemente surgen estudios acerca del rol del Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia acerca de la definición del concepto de Estado (RUBIO CORREA, 2011) (RUBIO CORREA, El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2006), en los cuales tal como manifiestan nace de la intuición de una concepción del Estado Peruano respecto de su organización, principios y funcionamiento desde el punto de vista constitucional.

Pero faltan estudios que no se limiten a una simple o sistemática recolección de fallos, sino que exploren más allá el efecto de dichos fallos del Tribunal Constitucional en las políticas públicas y que determine la relevancia de su rol político en este aspecto.

En cuanto a las políticas públicas sobre Comunidades Campesinas Nativas, que se toma de ejemplo para este ensayo, si bien tienen un capítulo propio en la Constitución de 1993 ha sido una realidad muchas veces postergada por la agenda política pese a su trascendencia. Teniendo como base las conclusiones de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, y la ratificación del Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas o Tribales en países independientes (1995), así como la suscripción del Acuerdo Nacional (2002) y la posterior creación del INDEPA (2007), en tanto, que el Perú tiene una gran diversidad multicultural y étnica, realidad que contrariamente ha sido apreciada por el Tribunal Constitucional a través de sus últimos fallos, en lugar de políticas desarrolladas por el Poder Ejecutivo o Legislativo. Y esta actividad implementadora de políticas públicas a través del Tribunal Constitucional se aprecia con relación al tema de la Consulta Previa que recientemente ha sido sistematizada por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental en el documento denominado «Desarrollo de la jurisprudencia nacional e internacional relevante para comprender los alcances del Derecho a la consulta previa en el Perú» (SPDA 2012), pone sobre el tapete la importancia del tema.

Pero como se advirtió al principio no hay estudios nacionales sobre los efectos de los fallos del Tribunal Constitucional en las políticas públicas en general que pongan de relieve su participación como actor de la política, que más allá de sistematizar la «jurisprudencia», señalando entre comillas este concepto por el mal uso que se le viene otorgando, hable sobre tendencias, sobre horizontes políticos, sobre un concepto de Estado

que se traslade de lo jurídico a lo político y de lo político a lo jurídico

2. JUECES CONSTITUCIONALES Y SU RELACIÓN CON EL ESCENARIO POLÍTICO EN EL DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como ya se ha mencionado, la gran mayoría de los estudios que analizan a los jueces y a la política han centrado su enfoque en la justicia constitucional, específicamente en el tema del control judicial de las leyes y a cargo de quien debe estar, desde el conocido debate entre las tesis de Carl Schmitt (SCHMITT 1931) y Hans Kelsen (KELSEN 1930) respecto del carácter «político» o «jurídico» de la justicia constitucional, dado que para el primero la función debía recaer en el Presidente como guardián político de la Constitución y para el segundo en un órgano jurisdiccional externo, tesis última que finalmente triunfo y fue desarrollada por la mayoría de países de Europa Continental.

Superado en parte el debate acerca de quién debe ejercer el control constitucional, se origina un nuevo debate sobre ¿Cómo se debe ejercer ese control constitucional? En donde se encuentran las teorías muy difundidas y conocidas, y de abundante literatura, que explican por un lado una tendencia de un mero control difuso a cargo del juez ordinario y para el caso concreto, conocido como el sistema americano, y, por otro lado, un sistema concentrado y abstracto a cargo de un solo tribunal, conocido como el sistema europeo. Este control jurisdiccional constitucional se ha ido expandiendo y desarrollando, conforme ha pasado el tiempo, y se han ido fusionando y combinando dichos sistemas de control jurisdiccional.

Pero, en la actualidad el debate ha cambiado de rumbo y se habla de ¿hasta dónde se debe extender el poder de los órganos de control jurisdiccional constitucional?, en virtud que la función de órganos de control constitucional ha ido evolucionando conforme a la estabilidad política que se ha ido alcanzando, desde la práctica del «legislador negativo» del modelo kelseniano, hacia una innegable «legislación positiva», conocida como la «función latente» de los Tribunales Constitucionales (LÓPEZ GUERRA), que vía interpretación, corrección o mandato de legislación realizan a través de sus fallos hacia los encargados de ello, asumiendo una nueva labor que hubiera resultado impensable en el modelo kelseniano, convirtiéndose actualmente en creadores de normas jurídicas.

Así Mauro Cappelletti señalaba que «En Alemania se habla incluso de la tendencia de dar paso del «Reichtstaat» al «Justizstaat», a causa del evidente e incesante aumento de la importancia de la función

jurisdiccional en el ámbito de los poderes públicos» (CAPPELLETTI, 2010, pág. 12) deviniendo en consecuencia un nuevo debate, que una posición analiza al respecto si se está produciendo una «judicialización de la política» y hasta qué punto esta práctica puede suponer una disminución del principio democrático y si esto no supone un secuestro de la potestad legislativa reservada al parlamento, frente a la posición que se cuestiona entonces que se debe hacer frente a la parálisis legislativa, archipiélago burocrático, presidencia débil, reconocimiento de nuevos actores, en tanto, que la Constitución ya no tiene una mera concepción programática sino que adquiere una naturaleza vinculante, en donde la inactividad del legislador no podría truncar la fuerza normativa de la Constitución, apareciendo de esa forma una función del Tribunal Constitucional como sustitución del legislador, cuando este no lleve a cabo las tareas que se derivan obligatoriamente de los mandatos constitucionales (LÓPEZ GUERRA).

Estas posturas, si bien, no directamente, sino limitado a la revisión judicial de las leyes, ofrecen argumentos que pueden ser incorporados en el análisis de políticas públicas a la hora de justificar la conveniencia de la participación de los jueces y cortes constitucionales en el proceso de creación de las políticas públicas.

En un principio se encuentran aquellas posiciones de «defensa» del control jurisdiccional de las leyes, teniendo como uno de sus mayores exponentes a R. Dworkin, sustentando en el modo de razonar de los jueces frente a la forma de razonar de las legislaturas, sugiriendo que el razonar de los jueces provee una mejor forma de deliberación que garantiza la sujeción a principios a diferencia de la legislatura en donde el proceso mayoritario puede favorecer compromisos que pueden subordinar los principios.

En otro extremo se encuentra aquellas posiciones «críticas» de la revisión judicial, entre ellos Waldron para quienes es falso que los jueces razonen siempre sobre la base de principios morales, pues suelen distraerse de los argumentos sobre derechos para centrarse en cuestiones colaterales y de carácter moral irrelevante.

Por su parte Bellamy (BELLAMY, 2010) , indica que el control judicial de las leyes resulta de un constitucionalismo legal más que político y critica la facultad de los jueces para imponer soluciones «justas» en contra de la voluntad popular.

Una situación intermedia la representa aquella postura «condicionadas» como la expuesta por J. Hart para quien el uso de la revisión judicial sólo estaría democráticamente justificado si se

ejerce para limpiar o purgar los canales políticos de agregación de preferencias y de acceso a la representación, debiendo intervenir los jueces en aquellos casos en que el mercado político funcione mal (LINARES, 2008)

Asimismo, las críticas frente a la intromisión judicial en la revisión de leyes, se puede hacer extensible al diseño de políticas públicas, las cuales se puede agrupar en distintos grupos, el primero referente a la idoneidad técnica de los jueces constitucionales en este campo, por lo cual su intervención puede producir malas políticas. De otro lado, está el «populismo judicial», en tanto, que los jueces no tienen presente las restricciones presupuestales ya que no tienen la tarea de conseguir los recursos para la implementación de políticas sociales.

En igual sentido, se reitera que la intervención de los jueces en el diseño de las políticas sociales sería anti democrático, pues arrebatan el derecho de las mayorías que serían tomadas por funcionarios no electos. También se argumenta que desfiguraría y deslegitima las constituciones, pues sería el tribunal quien diseñaría las estrategias políticas, todo esto a su vez generaría un efecto perverso en el sistema político, dado que frente a este poder, se reemplazaría la lucha electoral y participación política por la interposición de acciones judiciales, lo que conllevaría a la judicialización de la política (UPRIMNY, 2007).

Frente este vacío académico respecto del rol de los jueces como actores políticos, en especial, en el desarrollo e implementación de políticas públicas, surgen nuevos estudios como el ya mencionado y realizado por Martín Shapiro en el cual amplía este espacio de estudio al dirigir hacia los jueces las preguntas que se suelen hacer frente a otros actores políticos comunes como el parlamento, presidencia, etc. a partir del cual se comenzó a considerar que las cortes y los jueces hacen parte del gobierno y participan de él con sus decisiones creando, modificando y suprimiendo políticas públicas (SHAPIRO, 2005), y en el sentido de poder responder a las cuestiones de ¿Cómo los jueces toman decisiones políticas?, y ¿Cómo se relacionan con otros actores políticos?, ó ¿Porqué a veces aciertan o fallan en política?

Tomando en consecuencia esta última posición, más allá de las teorías respecto del debate en la forma y extensión del poder del control jurisdiccional constitucional, respecto de la «judicialización de la política» o la «politización de la justicia» y reconociendo a los jueces y en especial a los jueces constitucionales como actores políticos en virtud de su pertenencia a una rama del poder público, entendiendo para ello como actor político «a un individuo, como varios individuos

o incluso un grupo social.... sin embargo, que un conjunto de individuos solo constituirá un actor unitario siempre y cuando, en lo que concierne a la política pública que se analiza, se presente y actúe con homogeneidad interna respecto a los valores e intereses que defiende y los objetivos que persigue» (SUBIRATS, KNOEPFEL, & LARRUE, 2008, pág. 52), en tanto, se puede observar al órgano jurisdiccional de control constitucional que actúa como un individuo homogéneo, con intereses y objetos propios, pero que esta descripción debe ir sumada con la actitud de comportamiento que contribuye a estructurar determinado campo de la política pública (FRIEDBERG, 1993).

Así, tomando herramientas del concepto de «políticas públicas» y con relación a la especial incidencia en la facultad que poseen los jueces constitucionales de implementar o rectificar políticas públicas a través de sus fallos, convierten a las cortes constitucionales en actores políticos, en tanto, que pertenecen al poder público en general y su característica institucional como garante de derechos o guardianes de la supremacía constitucional, que no pueden ser pasados por alto en el análisis de las políticas públicas, pero que no ha sido revisado suficientemente.

3. MECANISMOS DE INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

La intervención del Tribunal Constitucional en la definición o diseño de las políticas públicas se verifica a través de la comparación de la política pública establecida por el Poder Ejecutivo o Poder Legislativo y la resultante luego del fallo del Tribunal Constitucional. Esta comparación se debe realizar a través del contenido del fallo del Tribunal Constitucional que puede a) definir el problema, b) establecer facultades de la política pública o c) determinar los actores que participan en la política pública. Este nuevo contenido se traslada a la política pública original definiendo si a) Ha habido una situación de permanencia (no modificación), b) un cambio (modificación) o c) un condicionamiento (corrección) de la política pública. Si procede esta comparación se puede establecer que el Tribunal Constitucional ha implementado mecanismos a través de sus fallos para la definición o diseño de la política pública.

Para el desarrollo de este concepto se debe tomar en cuenta que el análisis de las etapas de las políticas públicas no puede ser un esquema rígido, sino un esfuerzo por esquematizar el ciclo de una política pública, que como menciona Muller «la representación de la política pública no debe utilizarse de manera mecánica. Deberán más bien imaginarse a las políticas públicas como un

flujo continuo de decisiones y procedimientos a los que tratamos de dar sentido» (Muller, 1990:33). Por ello en las dos etapas en que se analizarían la intervención de la corte constitucional, definición del problema e implementación de la política, puede tener distintas denominaciones o pueden no existir en algunas clasificaciones, de ahí de la necesidad de identificar más que una etapa, el momento de la intervención judicial en la política, que son de una parte de nivel general y abstracto como es la definición del problema, o de niveles prácticos y concretos, al modificar el diseño de la política en sus funciones o variando los actores que intervienen en la política, pudiendo sin embargo, existir otras etapas como la evaluación, inclusión o exclusión de la política.

La definición del problema es fruto de una construcción social «surge un problema cuando se constata la diferencia entre la situación actual y la que sería deseable» (SUBIRATS, KNOEPFEL, & LARRUE, 2008, pág. 46), cuando se constata ello se verifica la existencia del problema, y deviene en esencial esta fase de ciclo, en tanto, que delimita y condiciona el tipo de respuesta o solución que se le da en consecuencia «un problema debe ser definido, colocado dentro de ciertos límites, además de recibir un nombre» (PARSONS, 2007, pág. 120). Por ello, detrás de cada política pública subyace una teoría causal que le da soporte por que la génesis de una política pública implica el reconocimiento y definición del problema, aproximándose a un tema o evento. Esta variable se puede presentar si tras la revisión de la Corte Constitucional a la política pública se cambió la manera en que se define el problema y la teoría que contribuye a ello.

En un segundo momento, la etapa de formulación o diseño de la política pública, incorpora una definición del problema y en función de ella se construye el programa de actuación política, a través de la «selección de los objetivos, instrumentos y procesos que deberán ponerse en práctica para resolver el problema en cuestión» (SUBIRATS, KNOEPFEL, & LARRUE, 2008, pág. 46), que implica si la revisión jurisdiccional por parte del órgano constitucional otorgó mayores facultades o atribuciones a la política pública o a los organismos que la conforman, originalmente establecidos por el Legislativo o Ejecutivo, o por el contrario se causa una disminución de los mismos.

En igual forma se debe apreciar si con relación a los actores intervinientes en la política pública materia de revisión constitucional, hay un incremento o disminución de los mismos entre la etapa de definición del problema y la etapa de implementación a consecuencia de la intervención judicial, o si a un actor ya involucrado se le otorga

mayor o menor participación a consecuencia de esta intervención. Estableciendo ello se podrá advertir en consecuencia la existencia de «mecanismos» para la intervención judicial en las políticas públicas.

Para efectos de la determinación de los mecanismos implementados a través de los fallos del Tribunal Constitucional en la definición y diseño de las políticas públicas encontramos nuevamente el contraste entre el copioso volumen de información acerca de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional (QUIROGA León & CHIABRA VALERA, 2009) o respecto del análisis de las Cortes Constitucionales como actores políticos tradicionales, al igual que el Congreso, la burocracia, el Presidente (VÁZQUEZ, 2007), pero no existe literatura específica con relación a la participación de Cortes y Jueces en la políticas públicas.

Una primera explicación se encuentra en las relaciones del poder con la justicia en donde Mirjan Damaska advierte que en el modelo ideal de Estado Activo la función jurisdiccional cumple un papel de implementación de políticas públicas y ante el temor de «politizar» indebidamente la administración de justicia es indeseable dar poder a los jueces ordinarios para el control de las leyes, el que se otorga a un tribunal superior y especializado, considerado no tanto como un auténtico tribunal, sino como un organismo «superlegislativo» (DAMASKA, 1986, pág. 121), a lo que R. Coover denomina «jurispotencia» y «jurisgénesis» por el cual si bien pueden haber normas obligatorias para todos, el contenido y significado jurídico lo otorgan los jueces quienes a través de ello implementan políticas (COOVER, 2000) pero no se profundiza en cuanto este rol como actor político activo y principal en la definición y diseño de las políticas públicas de las cortes constitucionales en este aspecto.

En consecuencia, parte del problema nace, no en tanto en la omisión del reconocimiento de la función política de jueces y cortes, sino en la falta de perspectiva para el análisis del contenido y de los efectos de los fallos de los tribunales constitucionales en la implementación de políticas públicas a través del resultado de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional que se manifiesta en sus fallos que se ha denominado «jurisprudencia», por sus efectos vinculantes, más que por su contenido. En nuestro medio, el análisis de la función del Tribunal Constitucional tradicionalmente se ha centrado en su función jurisdiccional y la determinación de conceptos y categorías jurídicas, sin embargo, no se ha profundizado respecto de su función política, lo cual es un tema de mayor debate a nivel

comparado, y en el cual recientes estudios están poniendo énfasis.

4. EFECTOS DE LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

La intervención del Tribunal Constitucional en las políticas públicas a través de sus fallos debe provocar efectos en la política pública original establecida por el Poder Legislativo o por el Poder Ejecutivo. Estos efectos se verifican en las etapas del ciclo de la política pública, ya sea en la definición del problema o en el diseño, a través de los mecanismos implementados en el fallo que se refieren bien a la definición del problema, facultades de la política y actores de la política. Sobre ello se podrá concluir los efectos con relación al a) grado de modificación (alto o bajo), b) tiempo de implementación (velocidad del cambio), o c) relevancia de los fallos del Tribunal Constitucional en este aspecto.

La construcción del concepto «efecto» se refiere al agregado de todas las intervenciones que se hicieron para los mecanismos implementados en los fallos (definición, facultades, actores). De esta forma la «velocidad de cambio» intenta captar el cambio que se realizó en cada una de esas tres dimensiones con relación al factor tiempo que puede tener como resultado una magnitud alta, media, o baja con relación a otros actores políticos que participan en la política pública, para finalmente determinar la relevancia de los fallos del Tribunal, que determina que tan importante fue el papel de la corte constitucional como actor en el ciclo de vida de la política pública, que se apreciaría en la relación entre el efecto general logrado con la política y la velocidad con que el órgano constitucional logro establecerlo, que puede tomar valores como bajo, medio-bajo, medio, medio-alto, alto, que representaría un esfuerzo por observar de manera general y acumulada la participación del Tribunal en la pública y por ende de este órgano como actor con relación a la política pública.

Como ya se mencionó, la dificultad en la construcción de este concepto nace, no en tanto en la omisión del reconocimiento de la función política de jueces y cortes, sino en la falta de perspectiva para el análisis del contenido y de los efectos políticos de los fallos de los tribunales constitucionales en la implementación de políticas públicas a través del resultado de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

En dicho sentido, si bien se está sucediendo una traslación de las jerarquías de las fuentes del derecho de las normas hacia los fallos judiciales del Tribunal Constitucional, se ha entendido a

la jurisprudencia de modo «indicativo», como referente de unidad conceptual, y no de modo «análogo permisivo» convirtiendo así a los fallos de la Corte Constitucional en una jurisprudencia como autoridad meramente retórica, que no permite una metodología y análisis de datos, en tanto, la «jurisprudencia» constitucional recopilada es voluminosa y el análisis jurisprudencial resulta tan tímido que la labor de encontrar sentencias «fundadoras de línea» y sentencias «hitos» es dificultosa, para poder establecer escenarios y líneas jurisprudenciales, resultando de escasa utilidad la jurisprudencia agrupada en torno al sistema conceptualista o indicativa.

Se entiende por el primer grupo mencionado «sentencias fundadoras de línea» aquellas en las que el órgano constitucional aprovecha de la revisión para hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos constitucionales. A veces, muy pretensiosas en materia doctrinaria y en la que se hacen grandes recuentos de los principios y reglas relacionadas con el tema bajo estudio, a las que Llewellynn denominaba «grand style» por su carácter erudito, ampuloso y excesivamente largas, que se apoyan en el vacío legal existente para consagrar visiones reformistas de la sociedad, consagrande a veces posiciones utópicas o contra sistémicas, cuya energía política se deriva del cambio de modelo constitucional, pero sólo de contenido de «dictum» sin hacer un balance constitucional.

Entre las segundas, las denominadas sentencias «hitos» son aquellas que tratan de definir con autoridad un sub regla de derecho constitucional y originan cambios o giros dentro de la línea (OLANO GARCIA & OLANO V., 2000).

Ambos tipos, son necesarios identificar para establecer escenarios, y líneas jurisprudenciales, resultando de poca utilidad la jurisprudencia agrupada en torno al sistema conceptualista (indicativo).

Así también, para la elaboración del concepto «efectos» de la intervención judicial en las políticas públicas, es necesario identificar las sentencias sobre omisiones legislativas por retardo o mora o por negación u omisión relativa, que resultan de la ineficacia de la autoridad para establecer las norma legal respectiva o cuando el órgano estatal no efectiviza el mandato constitucional.

A tal efecto resulta interesante el trabajo de Diego Lopez Medina (LOPEZ MEDINA, 2006) que para el caso de la Corte Colombiana Constitucional señala herramientas y técnicas de análisis de investigación de una línea jurisprudencial ya que de su análisis se puede deducir el nivel de

obligatoriedad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación a un problema específico de contenido jurídico identificado en un escenario constitucional que se desprende de un derecho o de otra institución constitucional, cuya sistematización en útil para apreciar si los fallos del Tribunal Constitucional participan en la definición del problema, establecen facultades o atribuciones de la política pública o bien incrementa o reduce el número de actores para ajustes en la política que son los mecanismos de intervención y se observan a partir del comportamiento del Tribunal Constitucional a lo largo de todo un período de intervención.

Para ejemplo se muestra el caso de las políticas públicas sobre Comunidades Campesinas y Nativas para poder apreciar si los fallos del Tribunal Constitucional participan en la definición del problema, establece facultades o atribuciones de la política pública o bien incrementa o reduce el número de actores para ajustes en la política y cuáles serían esos resultados denominados «efectos». En este sentido, para el período 2005-2010 que tienen como antecedentes las recomendaciones propuestas por la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, la entrada en vigencia del Convenio OIT N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (1995), así como la suscripción del Acuerdo Nacional (2002), y la posterior creación del INDEPA (2007), se puede apreciar que la política pública sobre Comunidades Campesinas y Nativas diseñada por el Poder Ejecutivo o Legislativo, en el espacio temporal propuesto (2005-2010), es modificada o corregida por el Tribunal Constitucional a través de sus decisiones.

De esta forma, comparando la política pública original y la que resultó luego de la intervención del Tribunal Constitucional, para verificar si se modificó o corrigió, se puede establecer si el Tribunal Constitucional del Perú es un actor relevante en el análisis de la política pública, este caso sobre Comunidades Campesinas y Nativas.

En nuestro medio, el análisis de la función del Tribunal Constitucional tradicionalmente se ha centrado en su función jurisdiccional, es decir, el control jurisdiccional de las leyes y hacia la determinación de conceptos y categorías jurídicas que se precisan en sus sentencias. Sin embargo, no se ha profundizado respecto de su función política, lo cual es un tema nuevo en debate a nivel comparado, que sienta a la mesa el tema de la «judicialización de la política», y en el cual recientes estudios están poniendo énfasis, pero siendo muy escasos los que desde la perspectiva de las políticas públicas estudien el papel de las Cortes Constitucionales, en especial en América

Latina, siendo especial y singular el caso de la Corte Constitucional Colombiana, de marcado perfil activista, pero casi nulo con relación al Tribunal Constitucional Peruano, pese a la similar influencia que estos órganos pueden ejercer con relación a las etapas del ciclo de las políticas públicas.

Con relación al caso particular, la implementación de políticas públicas con relación a las Comunidades Campesinas y Nativas a nivel de Estado es menos clara que en otros países de la región con temáticas similares (México, Guatemala, Bolivia o Ecuador), no pudiéndose definir esta situación como una exclusión política consciente y sistemática del tema por políticos dominantes o élites tradicionales o si se trata de una falta de atención inconsciente debida a la escasa prioridad que se le asigna en la agenda política, lo cual ha tenido como consecuencia la explosión de conflictos sociales sobre todo con relación a intereses de empresas internacionales y nacionales en zonas ricas en recursos naturales, como el caso de «Bagüa» o «Conga». Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en sus últimas sentencias, en especial, aquellas referidas a la «consulta previa», interviene activamente en dichos temas.

La intervención del Tribunal Constitucional en las políticas públicas a través de sus fallos debe provocar, como ya se ha dicho, efectos en la política pública original establecida por el Poder Legislativo o por el Poder Ejecutivo. Estos efectos se deben verificar en las etapas del ciclo de la política pública, ya sea en la definición del problema o en el diseño, a través de los mecanismos implementados en el fallo que se refieren ya sea a la definición del problema, facultades de la política y actores de la política. Sobre ello se podrá concluir los efectos con relación al a) grado de modificación (alto o bajo), b) tiempo de implementación (velocidad del cambio), o c) relevancia de los fallos del Tribunal Constitucional en este aspecto.

El efecto se refiere al agregado de todas las intervenciones que se hicieron para los mecanismos implementados en los fallos (definición, facultades, actores). La velocidad de cambio intenta captar el cambio que se realizó en cada una de esas tres dimensiones con relación al factor tiempo que puede ser alta, media, o baja con relación a otros actores políticos que participan en la política pública, para finalmente determinar la relevancia de los fallos del Tribunal y por ende de este órgano como actor en un determinado espacio de tiempo, que para el presente ejemplo, es establece en el ciclo 2005-2010 con relación a la política pública sobre Comunidades campesinas y Nativas.

Para este objetivo se debe establecer el estado inicial de la política pública sobre Comunidades

Campesinas y nativas a través de las leyes expedidas por el Congreso o por el Ejecutivo a partir de la vigencia de la Constitución de 1993, teniendo en cuenta, que no es necesario que se establezca una nueva política sobre Comunidades Campesinas sino que basta que desarrolle, reglamente o modifique las ya existentes. Una segunda fuente serán las decisiones proferidas por el Tribunal Constitucional entre 2005-2010, en donde se revisen políticas públicas sobre Comunidades Campesinas propuestas por el ejecutivo o legislativo, ya sea en procesos de garantías constitucionales o de control constitucional, y en tanto que no se tiene un análisis al respecto sería primordial a estos fines crear la base de datos al respecto.

Si bien se tienen trabajos sobre el contenido de las políticas públicas en esta materia (MONTT, MATTA ALWYN, & MATTA ALWYN, 2011), (MEENTZEEN, 2007), a partir de la formación de la Comisión de la Verdad, encargada de esclarecer los acontecimientos durante la lucha armada de Sendero Luminoso, una zona particularmente afectada por la crisis en la región amazónica central permitió la formación de la Comisión de Emergencia Ashaninka (1993) con el apoyo de la confederación de Indígenas ARPI y AIDSESEP, como resultado de ello se creó una Comisión Ad-hoc y una mesa de diálogo para las comunidades nativas de la Amazonía Central, restableciendo como resultado de este trabajo la Dirección Nacional de Educación Bilingüe Intercultural (DINEBI) (2000).

Luego, en el 2001 se publicó el Plan de Acción para Asuntos prioritarios de la Mesa de Diálogo y Cooperación para las Comunidades Nativas. En el 2001 durante la ascensión al mando del Presidente A. Toledo se suscribió la «Declaración de Machu Picchu» que hace un reconocimiento a la diversidad cultural como recurso importante de los países, lamentablemente no hubo seguidamente un plan de acción en este sentido. En el 2001 se establece la CONAPA la cual se convirtió en un apéndice del despacho de la Primera Dama, Eliana Karp, a la que fue anexada el Proyecto de Desarrollo para los Pueblos Indígenas y Afroperuanos financiados con fondos del Banco Mundial. Posteriormente a través de la COOPIP se postularon cambios constitucionales para el reconocimiento de los pueblos indígenas amazónicos y andinos. En el 2003 el Ministerio de Salud creó un Instituto de Medicina Tradicional, el cual fue modificado en el 2004 como Centro Nacional para la Salud Intercultural (CENSI). La ley de Descentralización del 2002 reconoció la interculturalidad.

En el 2004 el INDEPA reemplazó a la CONAPA, sin embargo, la conclusión es que bajo ninguno de los gobiernos peruanos se ha formulado y

menos desarrollado una política de gobierno para los pueblos indígenas, y ha sido el Tribunal Constitucional a través de fallos como los referidos a la consulta previa que ha activado de alguna forma el desarrollo de una política ante la ausencia del legislativo o del ejecutivo en este tema.

Por ello, con relación al tema de la Consulta Previa que recientemente ha sido sistematizada por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental en el documento denominado «Desarrollo de la jurisprudencia nacional e internacional relevante para comprender los alcances del Derecho a la consulta previa en el Perú» (SPDA 2012), pone sobre el tapete la importancia del tema y la actividad implementadora de políticas públicas a través del Tribunal Constitucional tal como se aprecia de sus sentencias que lo convierten en un acto político relevante generando un nuevo espacio de acción para los jueces constitucionales cuya dinámica exige un estudio más profundo.

5. CONCLUSIONES

- La presente investigación desde el punto de vista teórico general, centra su atención en el problema o debate de los modernos sistemas políticos, en los cuales la tradicional división de poderes ha sido superada. En donde las Cortes Constitucionales se convierten en «legisladores» con una tendencia a la «judicialización de la política», sobre la base de la revisión, modificación o en su caso implementación judicial de las políticas públicas, en el esquema de la nueva cultura política y sus relaciones de poder en el presente contexto histórico, que por otro lado es cuestionada o señalada de incompatible con la soberanía popular.
- En nuestro medio, el análisis de la función del Tribunal Constitucional tradicionalmente se ha centrado en su función jurisdiccional y la determinación de conceptos y categorías jurídicas, sin embargo, no se ha profundizado respecto de su función política, lo cual es un tema de mayor debate a nivel comparado, y en el cual recientes estudios están poniendo énfasis.
- En el sentido teórico particular, la definición del rol del Tribunal Constitucional como actor relevante para la implementación de políticas públicas resulta necesaria, dado que desde este punto de vista no hay estudios al respecto.
- En cuanto al aspecto práctico, las políticas públicas respecto Comunidades Campesinas y Nativa se convierten en un tema importante de agenda política, pero que por el contrario

no ha tenido la debida consideración, con las consecuencias ya por todos conocidas en la explosión de conflictos sociales, que se suma a una agenda más amplia pendiente de resolver por los órganos Ejecutivo y en especial el Legislativo, y en el cual el Tribunal Constitucional viene asumiendo ese rol indirectamente. De ese modo si la participación del Tribunal Constitucional resulta ser relevante en cuanto a este tema ya sea en la definición del problema, en el diseño o implementación, bien se puede constituir en un punto de inicio para absolver esta demanda social, ante la pasividad o inactividad de los demás poderes del Estado. ☒

BIBLIOGRAFÍA

BELLAMY, R. (2010). *Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia.* (J. Urdanu Ganoza, & S. Gallego Aldaz, Trad.) Madrid: Marcial Pons.

CAPPELLETTI, M. (2010). *¿Jueces legisladores?* (C. O. Pérez, Trad.) Lima: Communitas.

COOVER, R. (2000). *Derecho, narración y violencia.* Barcelona: Gedisa.

DAMASKA, M. (1986). *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal.* (D. Accatino, Trad.) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

ETO CRUZ, G. (2008). *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.* Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.

ETO CRUZ, G. (2009). *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional.* Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.

FRIEDBERG, E. (1993). *Le pouviir et la régle, Dymamiques de l'a action organisée.* París: Seuil.

HERRENDORF, D. (1994). *El poder de los jueces.* Buenos Aires: Artes Gráficas Candil SRL.

LINARES, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes.* Madrid: Marcial Pons.

LÓPEZ GUERRA, L. (s.f.). *Democracia y tribunales constitucionales.* Obtenido de <http://www.idpc.es/archivo/1212589025a1LLG.pdf>

LOPEZ MEDINA, D. (2006). *El derecho de los jueces* (Segunda ed.). Bogotá: Legis.

MALEM SEÑA, J. (2000). *Globalización, Comercio Internacional y corrupción.* Barcelona: Gedisa.

MALEM SEÑA, J. (2002). *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos.* Barcelona: Gedisa.

MEENTZEEN, A. (2007). *Políticas públicas para los pueblos indígenas en América Latina. Los casos de México, Guatemala, Ecuador, Perú y Bolivia.* (S. Patow-berteano, Trad.) Lima: Fundación Konrad Adenauer.

MONTT, O., MATTA ALWYN, S., & MATTA ALWYN, M. (2011). Una visión panorámica del Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. *Revista de Estudios Públicos.*

MORELLO, A. (2005). *La Corte Suprema en el Sistema Político.* Buenos Aires: Librería Editorial Platense.

MUJICA, J. (2010). *Micropolíticas de corrupción. Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia.* Lima: Asamblea Nacional de Rectores.

OLANO GARCIA, H., & OLANO V., C. A. (2000). *Derecho Constitucional e instituciones política. Estado Social de Derecho* (Tercera Edición ed.). Santa Fe de Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

PARSONS, W. (2007). *Políticas Públicas. Argentina.* México: FLACSO.

PASARA, L. (2010). *Tres claves para la justicia en el Perú.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PERDOMO, J.R. (2011). *Tendencias jurisprudenciales de la Sala de Casación Social 2010.* Venezuela: Editorial Horizonte.

POSNER, R. (2011). *Como deciden los jueces.* (V. R. Pérez, Trad.) Madrid: Marcial Pons.

QUIROGA LEÓN, A. (2005). *Estudios de Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional.* Lima: ARA.

QUIROGA León, A., & CHIABRA VALERA, M. C. (2009). *El derecho procesal constitucional y sus precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.* Lima: APECC.

RUBIO CORREA, M. A. (2006). *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Segunda Edición ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO CORREA, M. A. (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal*

Constitucional Peruano. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SHAPIRO, M. (2005). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Obtenido de www.juridicas.unam.mx

SUBIRATS, J., KNOEPFEL, P., & LARRUE, C. y. (2008). *Análisis y gestión de políticas públicas*. España: Ariel.

UPRIMNY, R. (2007). *Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria*. Bogotá: Ediciones Antropos.

VÁZQUEZ, R. (. (2007). *Cortes, jueces y política*. México: Ediciones Fontamara.

Bullard Falla Ezcurra +