

La judicialización de la política en el Perú: Una observación del Tribunal Constitucional y sus decisiones frente a la píldora del día siguiente (2001-2010)¹

Judicialization of politics in Peru:
An observation of the Constitutional
Tribunal and its decisions regarding the
morning-after pill (2001-2010)

Pamela Alejandra Loaiza Díaz*

Pontificia Universidad Católica del Perú

ISSN: 2219-4142

Loaiza, Pamela. 2013. «La judicialización de la política en el Perú: Una observación del Tribunal Constitucional y sus decisiones frente a la píldora del día siguiente (2001-2010)». *Politai: Revista de Ciencia Política*, Año 4, *segundo semestre*, N°7: pp. 179-195.

* Licenciada en Ciencia Política y Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Interesada en comportamiento e independencia judicial, políticas públicas de género y salud reproductiva. Correo electrónico: ploaiza@pucp.pe

¹ Este artículo resume los principales hallazgos de la tesis sustentada para obtener el grado de licenciada en Ciencia Política y Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Agradezco a Martín Tanaka por su asesoría y aliento en la elaboración de esta línea de investigación.

Resumen

Este artículo analiza el comportamiento judicial y la creciente importancia de los jueces en la hechura de las políticas públicas en el Perú a partir del caso de los magistrados del Tribunal Constitucional y sus decisiones frente a la píldora del día siguiente². Nos enfocaremos en el cambio de orientación de dos sentencias emitidas por la máxima institución judicial ante la misma política; por un lado, a favor de su distribución desde el Estado (2006) y, por el otro, en contra (2009). Para analizar los factores que llevaron a este resultado sostenemos que la píldora del día siguiente, al ser un caso de *conciencia*, les planteó a los jueces la disyuntiva de decidir a partir de un comportamiento estratégico, de acuerdo con las tendencias dominantes al interior del tribunal o haciendo prevalecer sus trayectorias personales. Para resolver estos dilemas, el tipo de jueces que componía el tribunal resultó crucial por lo que exploraremos cómo se configuraron estas composiciones a partir de las bancadas parlamentarias y qué tipo de jueces resultaron electos (de trayectorias públicas u opacas). Sostenemos que el cambio se explicaría porque, para los casos de *conciencia*, el Tribunal Constitucional utiliza a sus jueces de turno y las reglas así lo permiten.

Palabras clave: políticas públicas, debilidad institucional, judicialización, derechos reproductivos, nominación, coaliciones de incidencia.

Abstract

This article analyzes the judicial behavior and the importance of judges in policy making in Peru regarding the case of the magistrates of the Constitutional Tribunal and its decisions regarding the morning after pill. We will focus our research on the shift in orientation of two verdicts issued by this judicial institution; one in favor of its state sponsored distribution (2006) and one against it (2009). In order to analyze the circumstances that led to this two different outcomes, we state that the morning after pill, a case of *consciousness*, made the judges decide based on their strategic alliances inside the tribunal or their own personal trajectories. In order to solve these dilemmas, the analysis of the kind of judges in the tribunal was crucial to understand the relationship between the elected judges and the interests of political parties in parliament. We believe that the shift in orientation of the verdicts lies in the fact that, for cases of *consciousness*, the Tribunal uses its sitting judges.

Key words: public policy, institutional weakness, judicialization, reproductive rights, nomination, advocacy coalitions.

2 En el lenguaje médico-técnico la píldora del día siguiente es el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE)

Introducción

En el Perú, al día de hoy, la distribución gratuita de la píldora del día siguiente (PDS) en los establecimientos de salud pública se encuentra prohibida. Si bien ningún hospital público, posta médica o comisaría puede suministrar este método anticonceptivo de emergencia sin costo alguno, este sí se puede comprar en los establecimientos de salud privados.³ Esta disparidad en el acceso al método anticonceptivo (entre aquellos que pueden comprarlo y quienes no) se originó en una sentencia del Tribunal Constitucional (TC) del año 2009. Luego de haberse entregado la PDS en los establecimientos de salud pública por más de cuatro años consecutivos, se discontinuó su distribución por un fallo judicial, y se bloqueó así una política pública que fue desentamente disputada durante varios años por diferentes ministros de salud desde su incorporación como método anticonceptivo en el año 2001⁴.

Luego de esta sentencia se generaron intensas polémicas mediáticas entre la máxima institución judicial y el titular del Ministerio de Salud del gobierno de Alan García; sin embargo, la decisión era irrevocable.

El bloqueo de esta política pública generó una gran sorpresa, pues solo tres años antes (2006), la misma institución judicial había permitido con un fallo la distribución gratuita del método anticonceptivo desde establecimientos de salud del Estado.

A partir de estos hechos, la pregunta que buscamos responder es qué es lo que cambió en estos tres años en la institución judicial y por qué. A continuación, esbozaremos las razones por las que el TC cambió su postura frente a la píldora, pasando de tener una posición a favor de la distribución de este método anticonceptivo en el año 2006 a una que impedía su distribución en el 2009. Para responder esta interrogante es importante centrarnos en las decisiones de los tres únicos magistrados que permanecieron en ambas sentencias. De los tres que estuvieron a favor de su reparación en el 2006, solo uno mantuvo esta postura en el 2009 y los otros dos cambiaron de parecer.

Planteamos que el cambio de orientación en los fallos de la AOE se debe a la composición del TC en diferentes periodos. Este cambio de composición es generado por el tipo de mecanismo de selección de magistrados del TC. En el Perú, a diferencia de otros países en América Latina, el Congreso de la República es el único organismo encargado de nombrar a estos jueces. De este proceso de selección, y de acuerdo con el tipo de bancadas que componen el parlamento, pueden resultar composiciones más conservadoras o progresistas frente a algunos temas; pero, principalmente, pueden configurarse composiciones del TC con magistrados de trayectorias públicas y reconocidas cuyo valor profesional trasciende la cercanía al partido que promovió su candidatura. Por otro lado, de este mismo proceso de nominación surgen jueces con trayectorias opacas cuyo mayor atributo es la lealtad al partido que los promovió⁵.

Identifico dos periodos clave. Durante el primer periodo (2001-2006) se ha observado que en un comienzo, bancadas menos cohesionadas y *jóvenes* impulsaron candidaturas de jueces

3 Es importante tener en cuenta que el protocolo de atención a mujeres víctimas de violación sexual propuesto por el Ministerio de Salud (MINSA) considera el suministro del Anticonceptivo Oral de Emergencia (píldora del día siguiente) para las víctimas, pero la prohibición de este método anticonceptivo en los establecimientos públicos inhibe que el protocolo se cumpla en todos sus postulados.

4 Durante el gobierno de transición de Valentín Paniagua (2001), se aprobó la Resolución Ministerial del Ministerio de Salud RM N°399-2001 SA/DM en la que se establecía su inclusión como método anticonceptivo gratuito en el programa de Planificación Familiar. Sin embargo, al cambio de gobierno, los ministros de Salud de Alejandro Toledo (2001-2006) durante los primeros años bloquearon el cumplimiento de esta disposición debido a su tendencia conservadora. Al cambiar el gabinete, el ingreso de ministros con una posición más progresista o *técnica* puso en marcha la distribución gratuita. Esto evidenció la debilidad programática del Gobierno. Al respecto ver: Cáceres, Cueto y Palomino (2009) y Rodríguez (2007)

5 Agradezco a Mauricio Zavaleta por esta sugerente diferenciación entre tipos de jueces.

con trayectorias políticas, jurídicas y académicas reconocidas y prestigiosas.⁶ No obstante, las bancadas con mayor experiencia política impulsaban candidaturas de colaboradores cercanos del partido o militantes, pero con una trayectoria pública y prestigiosa.⁷ En un segundo periodo, se dio un aprendizaje por parte de las bancadas en el Congreso en tanto aspiraron cada vez más a colocar a jueces cercanos a su partido e incluso exmilitantes antes que a notorias y prestigiosas figuras públicas del derecho o la política.

Es en esta segunda composición que se observa el cambio respecto a la píldora. Sugerimos que los jueces que cambiaron de posición en la segunda sentencia formaban parte de aquellos cuyas trayectorias eran opacas, poco conocidas públicamente y, por lo tanto, tenían poco que perder a nivel de prestigio profesional al cambiar de postura frente a la misma política.

De esta manera, para controversias relativas a la salud reproductiva o de *principio*, en el caso peruano se constituye una situación temida por muchos institucionalistas: el Tribunal Constitucional se convierte en los jueces que lo componen. Tal como señala Diana Kapiszewski (2010) poniendo como ejemplo el caso argentino por oposición al estadounidense: «en el caso de la Argentina, los jueces señalan que *en su actual configuración* toman una determinada decisión, dejando abierta la posibilidad de que otra composición podría tomar una decisión distinta». La autora indica que estas declaraciones sugieren relativamente poca diferenciación entre los jueces y la Corte, de modo que la Corte se convierte en los jueces que la componen. Por el contrario, Kapiszewski encuentra que en cortes más institucionalizadas como la norteamericana, hay características fundamentales que no están abiertas al cambio. En ese sentido, la Corte Suprema de Norteamérica raramente incluye en sus opiniones una declaración que otro grupo de jueces no hubiese incluido (Kapiszewski 2010: 60).

Asimismo, sostenemos que este caso está enmarcado en un fenómeno que la academia ha caracterizado los últimos años como la judicialización de la política. Este fenómeno se da por el creciente protagonismo de los jueces en la hechura de las políticas públicas. En ese sentido, Tate y Vallinder (1995) señalan que la judicialización de la política es: «El proceso por el cual las Cortes y los jueces llegan a hacer o dominar 'la hechura' de las políticas públicas que han sido previamente realizadas por agencias del gobierno, especialmente legislaturas y ejecutivos».⁸

El caso de la PDS es un ejemplo de este fenómeno que cuenta con dos momentos: la judicialización desde abajo— aquella que se inicia en los tribunales por demandas de la sociedad civil— y la judicialización desde arriba, que se da por el activismo o en términos de Javier Couso (2005), el 'quietismo' judicial propio de algunos Tribunales Constitucionales que se inhiben de la creación de derecho.

De esta manera, las organizaciones de la sociedad civil tanto progresistas como conservadoras se organizan en coaliciones de incidencia y desarrollan en regímenes democráticos estrategias de participación para influir en la toma de decisión como lo son las demandas judiciales. A su vez, los jueces adquieren especial relevancia ya que sus decisiones finales no prescinden de posicionamientos personales o de influencias determinadas por diferentes factores como la forma de acceso al cargo, la estabilidad en el cargo, los grupos de presión que buscan incidir en sus decisiones o las preferencias judiciales propias de los jueces, entre otros factores.⁹

Consideramos que en contextos de debilidad institucional como en el caso peruano (la debilidad del sistema partidario y la crisis de legitimidad del parlamento) las cortes cobran una

6 Es el caso de Perú Posible que impulsó la nominación de Javier Alva Orlandini (2002) y César Landa (2004).

7 Es el caso del Partido Aprista Peruano que impulsó la candidatura de Víctor García Toma (2002) y de Carlos Mesía (2006).

8 Traducción de Couso en 'The judicialization of Chilean Politics: The rights revolution that never was' (2005).

9 Con referencia a la independencia judicial y, en particular, a los Tribunales Constitucionales se han identificado, entre otros factores, los arreglos institucionales como elementos clave que afectan el tipo de jueces que llegan a la Corte y las composiciones que surgen. Ver: Couso (2005), Brinks (2011), Kapiszewski (2010), Dargent (2009).

especial relevancia en el quehacer político nacional. Es así que las cortes judiciales se desarrollan como una nueva arena de disputa política ante la ausencia de canales representativos eficaces como los partidos en el parlamento o gobiernos que pongan en marcha programas que logren transmitir distintos tipos de intereses de las coaliciones de incidencia de la sociedad civil.

Una vez que estos intereses son incorporados a la arena judicial, pasando por las cortes menores y llegando a los jueces del TC, estos últimos desarrollan un comportamiento estratégico o de acuerdo con sus trayectorias resultantes del proceso de nominación del parlamento según el caso que tengan al frente. Lo que hemos encontrado para los casos de conciencia o «de principio», como son llamados en los pasillos del TC, es que los jueces presentan una gran autonomía para decidir por un lado de acuerdo con sus preferencias personales o, por el otro, siguiendo la tendencia mayoritaria en el Tribunal, según sea el perfil del juez. Estos perfiles o trayectorias de jueces se explican por el proceso de nominación y los acuerdos alcanzados por las bancadas parlamentarias. Algunos acuerdos del parlamento han conducido a nominar a jueces con trayectorias públicas prestigiosas y si bien se ha identificado la promoción de su candidatura por una bancada parlamentaria, el profesionalismo del juez no ha sido puesto en cuestión, mientras que en otros casos, las bancadas han coincidido en nominar a jueces con trayectorias más bien opacas y profesionales con poca trascendencia pública por lo que ha calado en algunos sectores de la opinión pública la sensación de desprestigio frente al Tribunal Constitucional. Esto se debe a que los últimos años se han elegido jueces de trayectorias opacas para la ciudadanía y, en algunos casos, de vínculo dudosos que han llevado incluso a destituir plenos judiciales después de escándalos mediáticos¹⁰.

En la primera sentencia de la píldora que favorecía su distribución, encontramos que en aquella composición predominaban jueces con trayectorias públicas y de alto nivel profesional. Estos llegaron a una decisión de acuerdo con sus preferencias personales, como es el caso de César Landa, quien falló de la misma manera, en una y otra composición. Por otro lado, la segunda sentencia estuvo enmarcada en una composición de jueces con trayectorias más bien opacas y cuya nominación se asoció principalmente a la lealtad que podían ofrecerle al partido. En esta ocasión, al observar a los magistrados que cambiaron de posición, estos tomaron decisiones estratégicas basadas en la tendencia predominante al interior del Tribunal en la primera sentencia, mientras que en la segunda, al cambiar de composición pudieron seguir sus preferencias personales sin importar el cuestionamiento a la coherencia jurídica.

Para el caso que analizaremos, observaremos el comportamiento de los magistrados en un continuo liberal – conservador. Es decir, un comportamiento favorable a la distribución del método anticonceptivo en contraposición a una postura contraria a su reparto desde el Estado.

La judicialización de la política

Nos interesa comprender el rol de las Cortes y el impacto de ellas en la política en general. Las cortes sustituyen a las agencias del Gobierno, a los partidos políticos, al poder ejecutivo y legislativo en asuntos que atañen el interés público, sin necesidad de rendir cuentas.

En el Perú, la judicialización se desarrolla en un contexto de debilidad institucional¹¹ en donde el empobrecido sistema de los partidos produce Ejecutivos con serios problemas de gobernabilidad y legitimidad, así como bancadas parlamentarias inestables y desacreditadas que han tendido a nominar jueces del TC igual de desacreditados en los últimos años.

10 Por ejemplo en el año 2007 se destituyeron a cuatro magistrados recientemente electos por salir en los medios de comunicación escrita una foto de uno de ellos junto con un ex miembro del Partido Aprista que estuvo condenado por corrupción.

11 La judicialización se desarrolla también en contextos de fortaleza institucional como Chile.

Las instituciones tradicionales y representativas son reemplazadas en la toma de decisiones por agencias burocratizadas en las que la decisión final está en un juez que no debe rendir cuentas a la ciudadanía. Así mismo, como han señalado diversos autores, frente a las falencias en la provisión de derechos por parte del Estado, los ciudadanos apelan a los mecanismos judiciales para garantizar sus derechos.

Un problema identificado por diversos autores dentro del proceso de judicialización es que este *activismo judicial*, tal como veremos para el caso de la PDS en el Perú, no se traduce necesariamente en la ampliación o creación de derechos, sino que puede limitarse a hacer cumplir la ley sin importar si esta es justa o injusta¹².

Otro problema de la judicialización radica en que no solo la política es judicializada, sino que al reemplazar jueces y tribunales a políticos, estos últimos buscan influenciar en los nuevos decisores y, por lo tanto, lo judicial termina politizándose. Así los actores políticos negocian e inciden en espacios judiciales.

De acuerdo con Pilar Domingo (2004), «Importantes decisiones de interpretación Constitucional están siendo cada vez más tomadas por Cortes Constitucionales, con generalizadas implicancias para la naturaleza de las políticas y la política (policy - politics). Además en algunos casos, el recurso de las Cortes por diferentes actores políticos y sociales ha politizado lo judicial, llevando a ejecutivos a intentar debilitar la independencia de las Cortes» (Domingo 2004).

Este fenómeno es importantísimo para las políticas públicas ya que muchas de ellas terminan decidiéndose y siendo orientadas en herméticas salas de tribunales y donde no hay posibilidad de deliberación o de rendición de cuentas vertical sobre decisiones trascendentes que afectan los derechos fundamentales o sociales de la ciudadanía.

Se presenta un serio dilema al régimen democrático: el empobrecimiento y debilitamiento de las instituciones representativas, aun sea el caso de una Corte autónoma como la chilena o la brasilera pero con limitado activismo en la ampliación de derechos¹³. Esta falta de progresividad en los derechos de salud sexual y reproductiva se ha visto también en el caso que no aboca.

Siguiendo a Domingo, a pesar de que el *imperio de la ley* ha sido la excepción en la modernidad, cuando esta no se traduce en ampliación de derechos corre el peligro de caer en el *hacer cumplir la ley sin reparar en si es justa o injusta* (Couso 2005) tanto a nivel de las cortes superiores como menores.

El interés en torno a los Tribunales Constitucionales surge por el cuestionamiento de su legitimidad: si bien formalmente son instituciones cuyas decisiones están rigurosamente limitadas por las leyes, en la práctica sus decisiones no están exentas de posicionamientos personales (ideología, preferencias o influencia de grupos) debido a la naturaleza misma de los asuntos que les toca dilucidar, que por su temática dividen a la población y son, por lo tanto, políticos. Es por ello que la disciplina ha incrementado su interés empírico en esta institución a raíz del balance de poder que establece con otras instituciones: el Ejecutivo y el Legislativo. De esta manera, se plantean las investigaciones para aprehender dos dimensiones centrales de estos tribunales: su autonomía y poder.

Robert Dahl señala refiriéndose a la Corte Suprema de los Estados Unidos que: «Es preciso decir que tiene que elegir entre controversiales alternativas de política pública apelando, por lo menos, a ciertos criterios de aceptabilidad en las cuestiones de hecho y de valor que no se pueden encontrar o deducir de la jurisprudencia, en estatutos, o en la constitución». (Dahl)¹⁴

12 Ver: Couso (2005), Ansolabehere (2009)

13 Ver: Couso (2005); Brinks (2011)

14 En: Decision-making in a democracy: The supreme court as a national policy maker in Role of the Supreme Court Symposium. (Journal of Public Law, Vol 6, 1958. Emory University law School). Traducción propia.

A partir de identificar la necesaria interpretación y toma de posición que realizan los jueces, Dahl se plantea la siguiente pregunta: *¿quién obtiene qué y cuándo?*. Es decir, ¿a qué grupo beneficia la decisión adoptada (una mayoría, una minoría o una minoría sobre otra minoría)? Para el caso de la píldora esbozaremos cómo es que un grupo de jueces decide considerando los intereses del concebido por encima de aquellas mujeres que desean controlar el número de hijos que tendrán.

El caso

La AOE se presenta como un tema de relevancia para las políticas de planificación familiar nacional y es parte también de una polémica global en torno a los métodos anticonceptivos.

En cuanto a su condición de política pública, Hill¹⁵ señala que «lo que subyace a las políticas públicas son sistemas de valores en disputa que corresponden a intereses diversos, entre los que se encuentran los actores políticos, los servidores públicos designados (funcionarios y asesores) y los representantes de grupos de presión que son capaces de entrar en acción» (Hill).

En el Perú las coaliciones de incidencia progresista y conservadoras no solo buscaron influir a nivel ministerial como lo ha documentado María Ana Rodríguez¹⁶, sino que también estas coaliciones iniciaron un proceso de judicialización «desde abajo», activando los mecanismos judiciales que habían permanecido neutralizados durante la presidencia de Alberto Fujimori. Con la recomposición del régimen democrático, tanto los grupos pro vida, como los pro elección, buscaron activar los mecanismos legales a su alcance para moldear las políticas de acuerdo con sus preferencias.

Estas demandas, luego de no lograr ser resueltas en los cuerpos judiciales menores, se elevaron al Tribunal Constitucional bajo dos dispositivos legales existentes. Por un lado, se inició una demanda de cumplimiento y, por el otro, una acción de amparo.

En el año 2009 una sentencia del Tribunal Constitucional prohibió al Ministerio de Salud distribuir gratuitamente el Anticonceptivo Oral de Emergencia debido a una demanda iniciada en el 2004 por una ONG de corte conservadora llamada *Ala Sin Componenda*. Sin embargo, en el 2006, el Tribunal, bajo otra composición de magistrados, había fallado a favor de que el MINSA distribuyese gratuitamente el método anticonceptivo a raíz de una demanda iniciada en el 2002 por un grupo de mujeres que reclamaban se cumpla con esta disposición administrativa aprobada en el año 2001.

Lo paradójico de la sentencia es que dos de los magistrados que fallaron en el 2006 a favor de la distribución (Vergara Gotelli y Mesía Ramírez) votaron en contra de la distribución en el 2009. Si bien es legal este cambio de posición y ambos sustentaron que se debía a la naturaleza misma de las demandas (la primera de corte administrativo de cumplimiento de una disposición del Ministerio de Salud y la segunda de amparo constitucional), estos votos hicieron desestimar la decisión de un Tribunal anterior a ellos y una serie de pruebas que fueron omitidas en la segunda sentencia y que admitían el carácter anticonceptivo y no abortivo del método.

Si bien la primera sentencia se acercó a la postura defendida por la Organización Mundial de la Salud, que considera a la píldora como un método anticonceptivo de emergencia y resolvía que era necesario cumplir con la distribución del método, pues este, además de ser anticonceptivo, era vendido en el sector privado por lo que generaba una situación de discriminación en el

15 En Portocarrero, Felipe y Romero, María Elena. La caja Negra o el proceso de formulación e implementación de políticas públicas: el caso de PRONAA pp.151.

16 La autora planteó como mecanismo de incidencia que a través de la Comisión de Alto Nivel organizada en el 2003 por el ministro de Salud, Álvaro Vidal, las coaliciones de incidencia abrieron una ventana de oportunidad para implementar su distribución que había sido bloqueada los años anteriores. (2007).

acceso. En la sentencia del 2009, la orientación del Tribunal terminó estableciendo que no existía certidumbre sobre el carácter anticonceptivo o abortivo del método de acción de la píldora por lo que se privilegiaba proteger la vida del concebido.

Al observar las composiciones del Tribunal Constitucional durante cada sentencia, encontramos que la sentencia del 2006 estaba marcada por un grupo de magistrados liderados por Víctor García Toma (entonces presidente del TC y promovido por el Partido Aprista Peruano en el 2002), mientras que en el 2009 quien encabeza el Tribunal era Juan Vergara Gotelli (promovido por la alianza de corte conservador Unidad Nacional en 2004), vinculado a sectores de la Iglesia. A este punto es importante recordar que los magistrados son nombrados por el Parlamento, por lo que en ocasiones, las decisiones de las composiciones configuradas, suelen ir en concordancia con los intereses de los partidos de acuerdo a la composición de fuerzas de cada legislatura.

Al preguntarle a un especialista entrevistado en materia constitucional sobre cómo se forman las decisiones de los jueces y no los argumentos de sus sentencias, este señalaba que «la constitución de fuerzas del Tribunal Constitucional peruano cambió entre el año 2006 y el 2009». Citó como ejemplo una serie de casos de justicia militar y la relación entre el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A grandes rasgos indicó que el Tribunal Constitucional hasta antes del 2006 era favorable a los lineamientos de la CIDH mientras que en los últimos años tenía una postura más cercana al de la justicia militar. Esto lo explicaba debido al cambio de constitución de fuerzas en el Tribunal.

Las composiciones del Tribunal Constitucional

La composición del Tribunal Constitucional y el tipo de jueces que llegan al cargo depende de los mecanismos de selección de los jueces.¹⁷ Este fenómeno afecta significativamente la orientación de las sentencias¹⁸ ya que una composición más conservadora o progresista tendrá una importante incidencia no solo en los conflictos judiciales entre particulares sino en las decisiones generales del Estado que afectan directamente a los ciudadanos. Así las características formales e informales del proceso de nombramiento afectan la composición del Tribunal y con ello el tipo de decisión final (más progresistas o conservadoras, o más *legalistas* o *interpretativas*).

Si bien las reglas de juego de selección de candidatos han permanecido iguales en el tiempo, las ternas de candidatos propuestas y las composiciones del TC han dependido del tipo de bancadas en el Congreso. Estas reglas permiten elegir a los candidatos bajo la negociación entre bancadas, por lo que la calidad de los magistrados elegidos ha dependido de la calidad de quien los propuso. De este modo, en los procesos de selección no se requiere que la meritocracia sea el principal factor que determina la elección de magistrados, sino más bien la cercanía con los partidos. La revocación de la nominación de un grupo de jueces en 2007 es un indicador de que algo cambió para la opinión pública con el tipo de magistrados que eran elegidos. Si bien siempre se mantuvo la regla informal del cuoteo, esta no fue rechazada hasta que se pasó de elegir magistrados con trayectorias públicas y de prestigio profesional reconocidos a un grupo de candidatos de trayectorias opacas y menos prestigiosos.

La primera composición del TC fue compuesta por jueces de trayectorias políticas y académicas reconocidas, que fue el resultado de una serie de negociaciones de bancadas que buscaban renovar el prestigio de la institución judicial a la caída del gobierno de Alberto Fujimori.

17 Ver: Basabé Serrano (2011) Ríos-Figueroa (2011).

18 No podemos dejar de lado que las decisiones finales pueden ser afectadas por otros factores como los grupos de presión. Sin embargo, no encontramos que en el caso de la píldora este factor sea predominante.

Justamente es en este periodo que se emitió la sentencia del 2006 que favorecía a la píldora y donde predominaban los jueces con trayectorias públicas reconocidas, cuyos méritos profesionales alentaban que mantengan un alto grado de autonomía en sus decisiones y tenían como límite no atentar contra su propio prestigio personal a la hora de emitir un dictamen.¹⁹

La segunda nominación de jueces que identificamos se da en el periodo entre 2006 y 2007. En este periodo se dio un aprendizaje por parte de las bancadas en el Congreso en tanto aspiraron cada vez más a colocar a figuras cercanas al partido y cuyos méritos se basaban principalmente en su lealtad antes que en su trayectoria personal. Asimismo, el tipo de bancadas promovió jueces más conservadores.

Es durante esta segunda composición que se emite el fallo contrario a la píldora. Sin embargo, creemos que si bien las composiciones son un indicador para explicar el cambio de orientación, este cambio requiere de un vistazo más profundo de la correlación de fuerzas al interior del TC y la importancia de la sumatoria del perfil de los jueces y la predominancia de sus tendencias al interior del tribunal.

A continuación, mostramos un cuadro en el que se pueden observar a todos los miembros del Tribunal Constitucional presentes y ausentes en las sentencias del 2006 y 2009. Todos ellos fueron electos entre los años 2002 y 2007. Asimismo, como explicaremos en el próximo acápite, las trayectorias personales de los magistrados y su comportamiento estratégico fueron factores que impulsaron la posición favorable o contraria al AOE, de acuerdo a lo que se puede interpretar sobre las las tendencias al interior del tribunal.

Están sombreados los magistrados presentes en ambas decisiones.

**Composición 1. Demanda de cumplimiento ante el MINSA para distribuir gratuitamente AOE
Año 2006: distribución gratuita de la píldora del día siguiente**

Juez	Periodo	Sentencia 2006
1 Víctor García Toma (Presidente)	2002-2007	A favor
2 Magdiel Gonzales Ojeda	2002-2007	A favor
3 Javier Alva Orlandini	2002-2007	A favor
4 Juan Vergara Gotelli	2004-2013*	A favor
5 César Landa Arroyo	2004-2010**	A favor
6 Carlos Mesia Ramírez	2006-2013*	A favor
7 Juan Bardelli Lartirigoyen	2002-2007	No votó

* Mandato vencido. A la espera de renovación.

**Renunció

19 Agradezco a Mauricio Zavaleta por esta apreciación.

**Composición 2. Demanda constitucional para evitar la distribución de la píldora en el Estado
Año 2009: prohibición de la píldora del día siguiente**

	Juez	Periodo	Sentencia 2009
1	Juan Vergara Gotelli (Presidente)	2004-2013	A favor
2	Carlos Mesía Ramírez	2006-2013	A favor
3	César Landa Arroyo	2004-2010	En contra
4	Álvarez Miranda	2007-2012	A favor
5	Calle Hayen	2007-2012	En contra
6	Beaumont	2007-2012	A favor
7	Eto Cruz	2007-2012	A favor

Como observamos, dos magistrados cambiaron de postura (Carlos Mesía Ramírez y Juan Vergara Gotelli) de una composición a otra. Este cambio de composición se dio junto con la predominancia al interior del TC de los dos jueces mencionados, pues en la segunda sentencia ambos ocupaban cargos directivos (la presidencia y vicepresidencia). En ese sentido, sus decisiones del 2006 se explicarían por su carácter de novatos al interior de la organización y por la tendencia de aquella composición de tomar decisiones de manera colegiada.

La correlación de fuerzas al interior del Tribunal Constitucional

De acuerdo con algunos entrevistados, el periodo de 2002-2007 buscaba darle un alto índice de unidad a las sentencias por lo que procuraban decidir en bloque, mientras que en el periodo 2007-2010 el número de votos singulares aumentó.

Al consultarle sobre la unidad en la toma de decisiones durante el periodo (2002-2007), es decir, en el periodo en que se aprobó la distribución gratuita de la píldora, un exmagistrado indicó que: «...En este tiempo el 90% de las decisiones, la mayoría de ellas fueron colegiadas. Existía un acuerdo de fortalecer el Tribunal aunque no estuvieran de acuerdo. La intención era presentar un TC muy unido...»

Así mismo, nos narró una experiencia personal: «A mí por ejemplo me gustan los toros, pero este caso iba sobre los impuestos que debía pagar el espectáculo cultural. Lo importante era el tema tributario. No era una cuestión de principio», señaló. «Si ves el periodo de 2002-2007 los votos singulares son escasos. Aunque Aguirre Roca siempre votaba singular. En el nuevo Tribunal (haciendo alusión al periodo iniciado en el 2007) no sabía manejar sus relaciones interpersonales. Ahora cada magistrado saca su libro de votos singulares.»

Al consultar al exmagistrado sobre su percepción de la posición más o menos conservadora del Tribunal durante su periodo, el entrevistado nos dio un ejemplo significativo de unidad del Tribunal durante el periodo de 2002-2007 en la materia:

«(Las sentencias) No son muy radicales, pero sí dan protección: como encontrar la inconstitucionalidad en la legislación militar que prohibía que hayan homosexuales en la institución. Yo no era muy partidario de la mencionada reforma, pero era lo correcto».

De esto se desprende que los magistrados que ingresaron entre el 2002 y 2006 dan cuenta de un comportamiento estratégico durante la composición del tribunal 2001-2007 ya que tienen en cuenta la orientación del momento del TC, incluso para temas de principio por el alto sentido de colegialidad de aquella composición. Así como un sentido de coherencia con su trayectoria personal, buscando equilibrar sus creencias personales frente a su prestigio profesional.

Los *prototipos* de candidatos (trayectorias públicas reconocidas o cercanía al partido y poco reconocimiento público) han sido muy importantes para definir el cambio de orientación del Tribunal Constitucional frente a la píldora del día siguiente. En ese sentido, los magistrados que cambiaron su orientación en la votación del año 2009 para prohibir la distribución de la píldora, se podrían concebir como jueces de trayectorias opacas, con un comportamiento, por un lado, estratégico en tanto decidieron orientarlos a la correlación de fuerzas conservadoras en el momento de la segunda decisión y a la vez siguiendo sus preferencias sinceras y personales, antes que cuidando su trayectoria profesional al mostrarse incoherentes respecto de la sentencia anterior, ya que no tenían nada que perder.

En ese sentido podría explicarse la *alineación* de Juan Vergara y Carlos Mesía al integrarse al TC en 2004 y 2006 respectivamente, y sus votos favorables a la píldora del día siguiente ya que la composición dominante al momento de su ingreso era más progresista y tendía al voto en bloque, mientras que al cambiar los jueces en 2007 y al asumir tanto Vergara como Mesía mayor poder (eran ya presidente y vicepresidente del TC respectivamente), tienen más posibilidades de votar sinceramente de acuerdo a sus preferencias legales e ideológicas, sin necesidad de *subordinar* su voto a la colegialidad que para ese momento ya se había debilitado.

Como observamos, el entorno del decisor judicial (el equilibrio de fuerzas al interior del TC) moldea su cálculo, por lo que su comportamiento para el caso de la píldora termina siendo altamente estratégico por las composiciones internas del tribunal e independiente con respecto de otras instituciones como el Ejecutivo, pues basa sus decisiones en sus propias trayectorias profesionales.

Trayectorias personales de los jueces y composiciones

Entendemos las composiciones desde la renovación de tres o más magistrados, ya que esto afecta el equilibrio de fuerzas al interior del TC²⁰.

En ese sentido, las composiciones identificadas a partir de los procesos de nombramiento del Congreso de la República son dos. La primera es la del periodo 2002 a 2007 y la segunda de 2006 a 2010.

La primera composición 2002-2007:

Sentencia de cumplimiento de la distribución gratuita de la píldora

La primera composición está marcada por el nombramiento de Víctor García Toma, Javier Alva Orlandini, Magdiel Gonzales Ojeda y Juan Bardelli Lartirigoyen en el 2002 hasta el fallido proceso de selección en el 2007 de cuatro nuevos magistrados.

A estos cuatro se sumaron César Landa y Juan Vergara en el 2004 y Carlos Mesía en el 2006. Con ello se establecía una composición de siete magistrados que culminó en el año 2007 con el fin del mandato de los cuatro elegidos en el 2004.

Javier Alva Orlandini, un reconocido abogado y líder histórico de Acción Popular había postulado al Congreso de la República en el 2001, sólo un año antes de ser convocado a recomponer el Tribunal Constitucional en el 2002. Tenía una trayectoria política ampliamente

²⁰ Establecemos el número de tres magistrados ya que de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su Artículo 5, el quórum necesario para admitir una demanda de inconstitucionalidad (uno de los procesos que prevé el Tribunal) es de cinco votos conformes. Por lo que con un recambio de tres miembros, podría ocasionar mayores dificultades para llegar a acuerdos.

conocida por la ciudadanía. Desde 1963 participó con gran éxito en procesos electorales: había ocupado el cargo de diputado, senador y vicepresidente de la República (1989). Asimismo, fue candidato a la presidencia en 1985 donde quedó en 4to lugar. Fue senador por el FREDEMO en el noventa y elegido congresista en 1995. Su probidad democrática y trayectoria profesional lo hacía un importante candidato en el proceso de reestructuración democrática²¹.

A esto se sumó la figura de César Landa Arroyo (promovido por Perú Posible) y Víctor García Toma (promovido por el Partido Aprista Peruano), prominentes juristas antes de acceder al cargo. Ambos ocuparon el puesto de viceministro del Ministerio de Justicia tanto del gobierno de Alejandro Toledo como del primer mandato de Alan García. El peso de ambos juristas en esta primera composición fue significativo junto con la de un prominente jurista de izquierda como Magdiel González Ojeda.

Esta composición progresista frente a temas de «principio», como lo fue el caso de la PDS, ayuda a situar y comprender la aprobación de la sentencia favorable a la distribución de 2006.

Segunda composición 2007 – 2010:

La sentencia de inconstitucionalidad de la píldora ordena su bloqueo

Este periodo está marcado por la salida de los magistrados Alva Orlandini, González Ojeda, García Toma y Bardelli Lartirigoyen. Magistrados con una trayectoria pública reconocida por la ciudadanía antes de llegar al cargo y con un amplio desarrollo en su sector profesional. Con la salida de estos magistrados, concluía el periodo progresista del TC.

La instauración del nuevo periodo parlamentario (2006 - 2011) le da al partido Aprista la mayoría suficiente para presidir la Comisión Evaluadora de magistrados al TC del Congreso de la República y con ello establecer las reglas de juego para la selección de candidatos (de todas formas cada Comisión Evaluadora independientemente del partido que proviniese estableció criterios propios en el proceso de selección). La novedad que trae la presidencia de la Comisión por el APRA es que esta procura aprovechar al máximo las redes propias del partido y busca colocar a jueces inscritos o militantes del partido.

Los sucesos posteriores al fin de la primera composición, como la revocación del nombramiento de cuatro magistrados recientemente nombrados en el 2007, marca un revés en el proceso de institucionalización del Tribunal que buscaba que este trascendiese a sus jueces de turno. Sin embargo, las reglas de selección favorecieron este desenlace.

La siguiente composición se caracterizó por magistrados menos conocidos, con una trayectoria aun no tan pública o visible por la ciudadanía, pocos de ellos habían ocupado cargos públicos sobresalientes como fue el caso de García Toma o Alva Orlandini.

El cambio de cuatro magistrados significó el cambio en el equilibrio de fuerzas. Mientras que Alva Orlandini tuvo gran predominancia durante su periodo, a su salida Vergara Gotelli articuló la nueva composición.

La nueva composición se marcó por el ingreso en el 2007 de jueces con trayectorias menos públicas como la de Ricardo Beaumont Callirgos, Ernesto Álvarez Miranda, Gerardo Eto Cruz y Alberto Calle Hayén. A este se sumaron los ya instalados César Landa (quién dimitió en 2010), Juan Vergara Gotelli y Carlos Mesía. Estos últimos cobraron una especial relevancia en la correlación de fuerzas al interior del tribunal en adelante, particularmente durante la sentencia del 2009 de la píldora, pues en aquel momento estos ocupaban la presidencia y la vicepresidencia del TC respectivamente.

21 Trayectoria recogida de acuerdo con información de Infogob <<http://www.infogob.com.pe/Politico/ficha.aspx?IdPolitico=2465708&IdTab=1>> Fecha de consulta: 20/11/2012.

El comportamiento de las composiciones en el continuo progresista – conservador

Consideramos necesario en este punto validar nuestro planteamiento del cambio de la orientación de las composiciones del TC a partir de la evidencia relativa a otro tipo de sentencias que se ubiquen dentro del continuo progresista-conservador. Seleccionamos para ello, una serie de sentencias relativas a la ampliación de derechos de orientación sexual.

En ese sentido, hemos encontrado que la primera composición del TC coincide en su postura a la progresividad de derechos tal como sucedió en la sentencia favorable a la distribución gratuita de la píldora del día siguiente.

Los magistrados de la primera composición, elegidos bajo la fórmula de trayectorias públicas y prestigiosas, se caracterizaron por ser favorables a la ampliación de derechos, mientras que la segunda composición, marcada por nominaciones de candidatos con trayectorias opacas, tuvo una posición más errática y menos predecible.

A continuación, mostramos un cuadro que evidencia este comportamiento a nivel individual. En donde «F» significa «a favor de la ampliación de derechos», es decir, en un extremo progresista y «C» a una posición contraria a la ampliación de derechos, cercano al continuo conservador.

Cuadro 1. Sentencias relativas a ampliación de derechos de identidad sexual y a la píldora del día siguiente²²

Magistrado	Orientación Sexual						Píldora	
	S1 jun-2004	S2 nov-2004	S3 abr-2006	S4 oct-2007	S5 mar-2009	S6 nov-2009	S1 2006	S2 2009
García Toma	F	F	F				F	
González Ojeda	F	F	F				F	
Alva Orlandini	F		F				F	
Bardelli Latirigoyen	F	F	F					
Vergara Gotelli			C	C	C	C	F	C
Landa Arroyo			F			F	F	F
Mesía Ramírez				C	C	F	F	C
Álvarez Miranda				C	C	F		C
Calle Hayen						C		F
Revoredo M.								
Eto Cruz								C

Al observar las sentencias emitidas hasta el año 2006, encontramos que en la primera composición (2002-2006) predominaron las sentencias favorables a la ampliación de derechos

22 Las sentencias son relativas a las siguientes controversias judiciales:

S1: Defensoría del Pueblo contra Ley Orgánica de Justicia Militar

S2: Reincorporación al servicio Activo de la Policía Nacional (expulsado por convivir con un transexual. Sentencia bastante progresista a la Corte Suprema de EEUU)

S3: *Trans* demanda a la RENIEC para que le entreguen el duplicado de su DNI con nombre de mujer

S4: (Persecución de travestis por parte de las policía nacional)

S5: Voto fundado de Vergara Gotelli en donde dice que declara fundada el Habeas Corpus de una rea para que reciba la visita de su pareja en la cárcel y disminuir con ello la homosexualidad y el lesbianismo.

S6: Reposición como alumno del segundo año de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra.

relativos a la orientación sexual. En un intento por cuantificar el número de votos global favorables, encontramos que hubo un total de 12 votos y 1 voto contrario a la ampliación de derechos. Mientras que del 2007 al 2009, existiendo el mismo número de casos, se encuentran 8 votos contrario a la ampliación de derechos y 3 votos favorables.

En referencia a los magistrados que cambiaron de postura frente a la píldora de una sentencia a otra y observando sus decisiones en un continuo progresista–conservador planteamos las siguientes observaciones. Al ver el comportamiento individual de Juan Vergara, quién presidió el TC en el momento que la píldora fue prohibida, podemos ver que su voto a favor de esta en el 2006 fue en realidad una excepción a su tendencia frente a estos derechos de *conciencia*. En tal sentido, vemos en la tabla que constantemente se ha mostrado en contra de la ampliación de derechos.

Por otro lado, los jueces que acompañaron a Juan Vergara en la segunda composición (2007-2009)— Mesía y Álvarez— también mostraron posturas predominantemente conservadoras.

En cuanto a sus votos singulares frente a temas de identidad sexual, vemos que el presidente del TC en 2009, Vergara, tiene una percepción de la homosexualidad bastante conservadora, al considerarla como una desviación en varios de sus fundamentos de voto.²³ Así mismo, en estos casos falla contrariamente a la protección de derechos de las personas gays. Este comportamiento permite ubicarlo en un cuadrante *conservador*, pero no sucede lo mismo con otros magistrados.

En el caso de Mesía por ejemplo, vota favorablemente a grupos minoritarios de diversidad sexual, pero falla contrariamente a la píldora en 2009. No se puede concluir que todos los jueces sigan un patrón ideológico constante. Hay algunos que sí son conservadores, pero otros son muy pragmáticos y no siguen coherentemente una ideología.

Vemos que la primera composición hasta abril del 2006 fallan en conjunto a favor de la ampliación de derechos excepto por Juan Vergara Gotelli y a partir de octubre del 2007 hay dos sentencias contrarias a la ampliación de derechos. Vergara es el único que se mantiene contrario en todas las sentencias. Esto denota el carácter conservador de la nueva composición y de las claras tendencias conservadores de algunos magistrados.

Conclusiones

Esta investigación se orientó durante mucho tiempo bajo la interrogante de cómo se tomaban las decisiones en salud reproductiva en el Perú. Sin embargo, a medida que profundizábamos en el caso, nos dimos cuenta de la complejidad del proceso de toma de decisión en esta materia; pasando por cambios de gabinete que conllevaron a la salida de ministros conservadores por progresistas durante el gobierno de Alejandro Toledo hasta la inestabilidad y contradicción de las decisiones de un solo ministro durante el gobierno de Alan García.

Luego de observar a los decisores tradicionales (ministros), aparecieron casi inadvertidamente las disputas judiciales. Esto se hizo evidente solo cuando la decisión del ministro fue bloqueada por un actor judicial.

Lo interesante del caso peruano es que el Tribunal Constitucional en sus diez años de vigencia desde el retorno a la democracia, presenta ante la opinión especializada y pública «un cambio significativo» en su composición que ha llevado a un cambio en la «orientación de sus sentencias». Y este cambio se debería a la politización del mecanismo de nombramiento, que

23 Ver sentencia sobre las visitas conyugales en cárceles de mujeres en las que el magistrado Vergara argumentaba su voto favorable a este régimen de visitar para evitar el lesbianismo.

ha llevado a cambiar la orientación de los miembros del Tribunal y, por lo tanto, la orientación de la lógica con la que se decide. Con esto no pretendo decir que en general los jueces fallan siempre a favor del gobierno de turno o de quienes lo eligieron (o que necesariamente no son independientes)²⁴, pero el caso desarrollado - el de la píldora - demuestra que la lógica del TC pasa de ser más progresista a más formalista, legalista y conservadora para ciertos temas²⁵ que los magistrados consideran *de principio*, que incluyen identidad sexual y salud sexual y reproductiva. Frente a estos dos *opinables* derechos, hemos explorado de qué manera lo político se judicializa y lo judicial se politiza.

Frente al evidente cambio de tendencia respecto de la píldora de una sentencia a otra, hemos buscado explicar este fenómeno a partir de la descripción de las composiciones que se configuraron para cada momento. En ese sentido, si bien las reglas de juego de selección de candidatos han permanecido igual en el tiempo, las composiciones de tribunales han dependido del tipo de bancadas en el Congreso. Por otro lado, las bancadas han pasado de nominar jueces de trayectorias públicas reconocidas y otros de poco reconocimiento público. Si bien ambos prototipos de candidatos han debido su nominación a la confianza de una bancada, ha sido notable que de jueces que encuentran límites en sus propios prestigios profesionales se ha pasado a elegir jueces que otorgan al partido la promesa de lealtad. En este sentido, la calidad de las bancadas y la agencia de ciertos parlamentarios han promovido, en gran medida, un tipo u otro de jueces electos y, por lo tanto, de composiciones.

Durante el periodo democrático iniciado en el 2001, hemos observado los límites de implementar una política contenciosa que ha estado basada en la voluntad particular de los decisores de la misma, desde los ministros hasta los jueces, quienes han llegado a cambiar de posiciones transformando así las posturas institucionales.

La vuelta a la democracia trajo consigo la reactivación de los tribunales que no fueron activados en el periodo autoritario por lo que se configuró la judicialización *desde abajo*. En ese sentido, hemos visto que con la política de la píldora del día siguiente aparecieron nuevas estrategias de participación por parte de las coaliciones de incidencia (progresistas o conservadoras) a través de los mecanismos legales formales frente al debilitamiento de las instituciones representativas tradicionales de toma de decisión: el Parlamento y el Ejecutivo.

Es el periodo posterior al 2001 en donde se da un incremento inédito en el número de casos vistos por el TC²⁶. Sin embargo, este renovado activismo judicial no se tradujo necesariamente en la ampliación de derechos sino que puede darse cierto *quietismo* judicial (Couso 2005).

Este quietismo en el TC peruano lo hemos visto a lo largo del caso de la píldora y, más aun, en la retracción de derechos que implicó que se prohibiera la distribución del método anticonceptivo al privilegiar una postura más conservadora. La inestabilidad en las posturas al interior del Tribunal Constitucional radica en la composición de magistrados del momento, por lo que el TC terminó siendo sus jueces de turno.

El Tribunal Constitucional, al no rendir cuentas, resulta un espacio de *lucha* informal entre actores políticos por inclinar las decisiones de los magistrados en temas prioritarios para

24 Para el caso de Píldora (sentencia 2009) dos miembros del TC, militantes del Partido Aprista Peruano fallan en sentidos opuestos por lo que no encontramos un mandato específico, coherente y reconocible del gobierno de turno sobre los magistrados. Así mismo, recordemos que ambas sentencias se dan durante el gobierno del PAP por lo que no existiría una preferencia o influencia evidente del Gobierno sobre el Tribunal Constitucional en materia de salud sexual y reproductiva.

25 Los temas más «de Estado» o de interés del Gobierno suponen otro tipo de negociaciones que no estudiaremos. Planteamos que el interés de los diferentes gobiernos entre 2001 y 2011 por los derechos a la salud sexual y reproductiva han sido bastante limitados. Esto lo evidenciaremos en los antecedentes de la política de la AOE, por lo que la decisión final quedaría a «conciencia» de los magistrados.

26 De acuerdo con Juan Jiménez Mayor (2008) en 2001 ingresaron aproximadamente mil quinientos expedientes mientras que en el 2006 se recibieron más de diez mil procesos.

su agenda. Por su naturaleza, requiere de un aura de neutralidad y sus decisiones formalmente se explican por un razonamiento jurídico abstracto, ajeno a pareceres personales. Pero el juez es también un actor político: hemos visto en el caso peruano que varios de ellos compiten por su nominación al interior de una bancada en distintos periodos de concursos públicos y en otros casos es propuesto por su cercanía con el partido, pero en ambos casos, requieren el voto de confianza de la bancada.

En ese sentido, hemos planteado que la lógica que guía el nombramiento de jueces en las Comisiones Evaluadoras de Magistrados al TC en el Congreso de la República es, esencialmente, política antes que técnica (las calificaciones mínimas no son estandarizadas de una elección a otra y con ello, las instituciones no amparan la meritocracia). Esto se resume en lo que señaló un ex congresista que presidió la Comisión Evaluadora: «Si mi partido pudiera poner a los siete magistrados, lo haría».

Al ser susceptibles de intentos de presión externos, el estudio de la autonomía de las judicaturas ha sido central en la literatura que las analiza. La autonomía ha sido explicada desde factores institucionales y culturales y nosotros nos hemos centrado en los factores institucionales para comprender el comportamiento del TC peruano. De este modo, encontramos que el proceso de selección de los magistrados en el Congreso de la República ha determinado el tipo de jueces que han llegado al cargo pudiendo ser más conservadores o progresistas (Ríos-Figueroa 2011; Basabé Serrano 2011).

Asimismo, el comportamiento de los jueces puede ser afectado por las composiciones que se conforman una vez instalados en el Tribunal. De esta manera, como hemos visto, pueden presentar un comportamiento más estratégico, no solo teniendo en cuenta las preferencias de otros poderes del Estado y de las mayorías gubernamentales, sino también de la orientación de la mayoría de jueces al interior del Tribunal Constitucional. De esta manera, se explica que recién instalados en el 2006, dos magistrados voten siguiendo el lineamiento predominante de la composición instalada desde el 2002, a favor de la distribución gratuita y luego, con una composición diferente en la que ellos ocupaban los cargos de presidente y vicepresidente, votaron en contra de la misma medida. Esta última votación ya no está sujeta a cálculos de composición, sino a sus preferencias personales y sinceras.

La píldora, al no estar dentro de la agenda de los distintos gobiernos, se planteó ante los jueces en el año 2009 como un caso de *principio* o *conciencia* en el que ellos coincidieron sinceramente, es decir, siguiendo sus preferencias personales.

En un contexto de debilidad de las instituciones representativas y de alta fragmentación partidaria, el Tribunal Constitucional cobra una inmensa relevancia al tener la última palabra en políticas sociales, económicas o medioambientales y así, esta institución se convierte en una arena más de disputa política desde la forma de acceso de los magistrados hasta el proceso de toma de decisiones de los mismos.

La politización de la decisión judicial radica en el bloqueo de una política gubernamental de distribución de la píldora del día siguiente en el Estado (que después de muchos años de idas y venidas logró estabilizarse justamente con una sentencia judicial anterior). Este bloqueo se evidencia en el conflicto mediático e institucional entre el MINSA y el TC posterior a la sentencia del 2009.

La politización también la encontramos en el contenido de la sentencia: la orden de hacer prevalecer los derechos del concebido, así no se haya demostrado científicamente que estos fueron vulnerados, por encima de los derechos a la salud sexual y reproductiva de las mujeres. La interpretación de algo que no está escrito en la Constitución es la forma en que los jueces ejercen el poder. Los límites a su poder pueden darse desde su autorregulación, si es que cuentan con una trayectoria profesional que cuidar, así como también desde las reglas que permiten su elección.

Referencias

- Basabe, Santiago. 2011. *Jueces sin toga: políticas judiciales y toma de decisiones en el TC del Ecuador (1999-2007)*. Quito: FLACSO.
- Brinks, Daniel. 2011. «Faithful Servants of the Regime. The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution». *Courts in Latin America*. Ed. Helmke Gretchen y Julio Ríos-Figueroa. New York: Cambridge University Press.
- Cáceres, Carlos; Marcos Cueto y Nancy Palominos. 2009. «Las políticas de derechos sexuales y reproductivos en Perú: revelando falsas paradojas». *Políticas sobre sexualidad. Reportes desde las líneas del frente*. Ed. Richard Parker, Rosalind Petchesky, y Robert Sember. Lima: Sexuality Policy Watch, pp. 139-183.
- Couso, Javier. 2005. «The Judicialization of Chilean Politics: The Rights Revolution that Never Was». *The Judicialization of Politics in Latin America*. Ed. Rachael Sieder, Schjolden Line, Alan Angell. Palgrave Macmillan.
- Dargent, Eduardo. 2009. «Determinants of Judicial Independence. Lessons from three 'cases' of Constitutional Courts in Peru (1982-2007)». *Journal of Latin America Studies* 41: pp. 251-278.
- Domingo, Pilar. 2005. «Judicialization of Politics: The Changing Political Role of the Judiciary in Mexico». *The Judicialization of Politics in Latin America*. Ed. Rachael Sieder, Schjolden Line, Alan Angell. Palgrave Macmillan.
- Kapiszewski, Diana. 2010. «How Courts Work: Institutions, Culture and the Brazilian Supremo Tribunal Federal». *Cultures of legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*. Ed. Alexandra Huneeus, Javier Couso y Rachel Sieder. New York: Cambridge University Press.
- Landa, César. 2011. *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el derecho y la política*. Lima. Palestra.
- Sieder, Rachael; Schjolden Line; y Alan Angell. 2005. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Introduction. Palgrave Macmillan.
- Rodríguez, María Ana. 2007. *Policy Change in the Family Planning Policy of Peru The Controversy on the Emergency Contraceptive Pill* (Tesis de Máster). Tübingen: Universidad de Eberhard-Karls.