

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

N° 13

**CONSTITUCIÓN
Y NATURALEZA**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

Ernesto Blume Fortini

PRESENTACIÓN..... 17

SECCION ESPECIAL (Constitución y Naturaleza)

Damián Armijos Álvarez

DERECHOS DE LA NATURALEZA Y SU EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL..... 29

Alan E. Vargas Lima

EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA.
APUNTES SOBRE SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y BOLIVIANA* 53

Nadia Paola Iriarte Pamo

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SU DESARROLLO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS..... 81

Carlos Trinidad Alvarado

BASES CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL 105

Daniel Yacolca Estares

POSIBILIDAD DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL..... 149

Beatriz Franciskovic Ingunza

LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 157

Luis R. Sáenz Dávalos

EL DILEMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACION A LAS PELEAS DE TOROS, PELEAS DE GALLOS, CORRIDAS DE TOROS Y OTROS ESPECTACULOS PARTICULARMENTE VIOLENTOS. REFLEXIONES SOBRE UN DEBATE INACABADO Y UNA SOLUCION AÚN PENDIENTE 181

SECCIÓN MISCELÁNEA

Néstor Pedro Sagüés

JUSTICIA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES 22 I

Domingo García Belaunde

LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ..... 23 I

Manuel Jesús Miranda Canales

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA.

A PROPÓSITO DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 255

Aníbal Quiroga León

LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE.

UNA MIRADA CONSTITUCIONAL 26 I

12

Pedro A. Hernández Chávez

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL JUICIO POLÍTICO.

APUNTES SOBRE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES..... 285

Óscar Díaz Muñoz

LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO... 33 I

Marco A. Huaco Palomino

POR UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL –Y LAICA– SOBRE LA LAICIDAD.

UNA RÉPLICA A FERRER ORTIZ 345

Areli Valencia Vargas

CONTEXTUALISMO Y DESIGUALDADES SISTÉMICAS.

APUNTES DESDE UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA..... 379

María Candelaria Quispe Ponce

ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE DERECHOS DE LAS MUJERES.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE IDH 399

Melissa Fiorella Díaz Cabrera

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 429

José Reynaldo López Viera

EL ROL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN EL DESARROLLO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL 447

Roberto Cabrera Suárez

ESTADO DE DERECHO Y DESIGUALDADES SOCIALES.
APROXIMACIÓN DESDE UNA TEORÍA DECADIMENSIONAL DEL ESTADO 467

Roslem Cáceres López

CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL..... 479

Miguel Alejandro Estela La Puente

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DECRETO DE URGENCIA..... 505

Christian Donayre Montesinos

UNA MIRADA CRÍTICA AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.
CAMBIOS INNECESARIOS Y RETOS DE UNA REFORMA 531

13

Luis Andrés Roel Alva

EL DERECHO A LA NACIONALIDAD.
UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE NUNCA SE DEBE VOLVER A PERDER POR EL ARBITRIO DEL ESTADO 549

Raffo Velásquez Meléndez

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.
ACLARACIÓN DE ENIGMAS Y LAGUNAS EN LA EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES ILÍCITOS..... 563

Alfredo Orlando Curaca Kong

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS Y DOS CONTRIBUCIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL.
UNA BREVE MIRADA 615

Manuel Bermúdez Tapia

LA ALIANZA DEL PACÍFICO, EL ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA Y LA GEOPOLÍTICA SOBRE EL NARCOTRÁFICO..... 623

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA**

Mario Gonzalo Chavez Rabanal

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE GOBIERNO: LA SENTENCIA ESTRUCTURAL.

APROPÓSITO DEL CASO LUIGI CALZOLAIO, EXP. 02566-2014-PA/TC-AREQUIPA... 641

Luciano López Flores

EL FALLO SOBRE LA VACANCIA POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

¿EL PODER QUE PENDE DE UN HILO? 661

Guillermo Martín Sevilla Gálvez

CONDENA DEL ABSUELTO.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE 4374-2015-PHC/TC

711

14

Berly Javier Fernando López Flores

ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUA ¿ASOCIACIONES CIVILES O ASOCIACIONES PRIVADAS DE CONFIGURACIÓN LEGAL?

REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXP. 00018-2014-PI/TC (ACUMULADO)

725

Susana Távara Espinoza

EL CASO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES A LA SENTENCIA DEL EXP. 00004-2019-PI/TC (PLENO. SENTENCIA 556/2020)

735

Rafael Rodríguez Campos

CUANDO LA LEY ESTÁ POR ENCIMA DE LA CONSTITUCIÓN.

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL CASO ÓSCAR UGARTECHE. MATRIMONIO IGUALITARIO.....

749

SECCIÓN CLÁSICOS

Rosa Dominga Perez Liendo

UN ASPECTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO.

LAS CONSTITUCIONES 777

SECCIÓN DOCUMENTOS

Asamblea Constituyente 1978-79

DEBATE SOBRE LA CREACIÓN DEL TGC DURANTE LA ASAMBLEA CONSTITUYEN-

TE 1978-79 797

**SECCIÓN
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

15

Luis R. Sáenz Dávalos

LIBERTAD RELIGIOSA Y ACONFENSIONALIDAD DEL ESTADO PERUANO 867

Dante Martin Paiva Goyburu

LECCIONES DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL 873

Luis R. Sáenz Dávalos

EL AMPARO VIRTUAL 879

Alfredo Orlando Curaca Kong

EL HABEAS DATA EN LA ACTUALIDAD. POSIBILIDADES Y LÍMITES 883

El enfoque basado en derechos humanos y su incidencia en políticas públicas de los derechos sociales a partir del Tribunal Constitucional

✍ MELISSA FIORELLA DÍAZ CABRERA*

1. Introducción

Cuando hablamos de enfoque de políticas públicas estamos pensando en categorías y métodos para intervenir en la realidad, tal cual un par de anteojos, visibilizando aquello que tomamos como prioridad, a través del Estado pues tomará decisiones para resolver un problema público, la inacción o la desidia de sus órganos administrativos. El enfoque basado en derechos humanos es ciertamente un instrumento metodológico y además un instrumento ético pues la persona es el centro de decisiones de toda la actividad estatal, y tomará elementos del derecho internacional de los derechos humanos, elementos del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, con el fin de elaborar criterios y métodos logrando que se de vigencia a los derechos sin llegar a judicializar los problemas sino como decisiones de las entidades públicas. por lo tanto, involucra al ciudadano en mecanismos de participación ciudadana, sin llegar a judicializar puede ser exigible en las decisiones administrativas.

Este enfoque no es casual, se justifica precisamente en que el Perú ha firmado la mayor parte de los tratados vinculantes (internacionales y regionales) sobre derechos humanos; sin embargo, mirando nuestra realidad nos preguntamos ¿por qué la efectividad de los derechos humanos sigue siendo tan crítica?

(*) Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad Privada Antenor Orrego. Docente de la Universidad Nacional de Trujillo y Universidad Privada Antenor Orrego.

A pesar de algunos avances, el Estado cumple de manera muy precaria con las obligaciones a las que se ha comprometido. Gran parte de este incumplimiento se puede dar cuenta en la negativa de otorgar eficacia inmediata a los derechos sociales, probablemente porque el Gobierno no incorpora de manera efectiva el espíritu de la normativa internacional sobre estos derechos en el diseño de sus políticas públicas. La perspectiva tradicional siempre parece haber sido mirar el Estado “satisfaciendo necesidades básicas” en lugar de concebirlas como individuos a los cuales está obligado al respeto y defensa de la dignidad humana como fin supremo. En la literatura inicialmente se concebía a los derechos sociales correlativos a los derechos positivos porque corresponden a un deber de hacer o una obligación a cargo del Estado. (FERRAJOLI, L Principia iuris, T.I, Trotta, Madrid, 2011), sin embargo, esa concepción tiene sus detractores como Henry Shue, Christian Courtis, y Víctor Abramovich, pues creen que no debe existir diferenciación entre derechos civiles y políticos dado que no existe la categoría de derechos no fundamentales, y que son tan exigibles como los primeros por lo que no se debiera entender que deben quedar a la espera de algún desarrollo legislativo o la existencia de presupuesto programado para su plena eficacia, pues indirectamente algunos de los derechos sociales, económicos y culturales están en íntima conexión con el derecho a la vida, por ejemplo, la pensión de jubilación, la remuneración mínima vital, algunos derechos colectivos que gozan de protección constitucional especial: pueblos indígenas, personas en situación de desplazamiento, entre otros).

Recuérdese el Informe de la Verdad y la Reconciliación el paradigma cuyo enfoque basado en los derechos humanos y su incidencia en políticas públicas ha originado el Plan Nacional de Los Derechos Humanos, un documento que plasma el compromiso político del Estado luego de 20 años de violencia política y destrucción del Estado de Derecho en el Perú y a partir de ellas la organización e implementación de diversas políticas públicas. En su elaboración el Estado invirtió en la realización de 183 audiencias públicas macrorregionales en las que participaron diversas instituciones públicas y privadas, sin embargo, ese sueño se vio empañado por algunos factores como corrupción, falta de interés de los representantes y presupuesto entre otros, así como la poca preparación académica y profesional de los actores políticos en materia de derechos humanos excusando siempre el cumplimiento y efectividad de los derechos sociales por razones de presupuesto o de desarrollo legislativo.

La justicia constitucional a través de la vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido ajena a esta problemática, y ha decidido intervenir en la evaluación de esas decisiones que supuestamente basada en derechos humanos, los derechos sociales se no se cumplen o se cumplen tardíamente o de manera deficiente al punto de exigirlos al Estado fuera de una delimitación legislativa; afirmando que, ***“el principio de progresividad es en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, dicha progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”*** (STC Exp. N° 2945-2003-AA-F.J. 36). Es con el caso Azanca Alhelí que inaugura la narrativa de la exigibilidad judicial de los derechos sociales a razón de la política de salud pública que establecía a través de la Ley N° 28243: “la gratuidad progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema”: como puede apreciarse el derecho a la salud y vida comprendidas como indesligables y ordenar la exigencia del uso de antirretrovirales para combatir el VIH de manera gratuita, por la gravedad del caso, la afectación directa al derecho a la vida, y la existencia de una ley que se determinó obstaculizaba con el término “progresividad” el acceso a dicho programa, pues la negativa a esos medicamentos los demandantes morirían.

Sin embargo, a raíz de la situación de pandemia que azota a la población ¿qué podría suceder si el Estado no redefine las políticas públicas respecto al sector educación, salud, laboral, etc, o habiéndola dispuesto no ha iniciado ninguna acción tendiente a concretizarlas o existiendo un programa por los que se proveen servicios sociales, no logran satisfacer eficazmente un derecho social?, el tema inclusive podría llegar a analizarse desde un paradigma utilitarista sobre todo en esta crisis sanitaria en el que el país es sujeto de crédito, cuyos presupuestos no programados podrían dejar en cero la caja fiscal y ocasionar conflictos entre poderes del Estado hasta la judicialización de los derechos sociales.

El análisis de las políticas públicas toma mayor importancia y cada vez más profundo en el ámbito profesional y académico a fin de hacer efectivos los derechos sociales desde los Tribunales de justicia. América inició este enfoque

con Estados Unidos, en la década del 50, con los casos sobre segregación racial con el emblemático “Brown vs Board of Education of Topeka” donde la Corte Suprema de Estados Unidos dejó de lado la doctrina “iguales pero separados” fijada en el precedente *Plessy v Ferguson* (1896), y con ella la segregación racial en las escuelas¹. Owen Fiss en *El Derecho como Razón Pública* (2007) ha referido que, la reforma estructural tuvo su origen con el fallo *Brown of education*, convirtiendo su práctica en regla central. A partir de entonces las cortes cambiaron radicalmente y emprendieron la reconstrucción de la realidad social, la reforma de las escuelas públicas fue un gran paso. El proceso exigía entre otras cuestiones, nuevos procedimientos para la asignación de estudiantes, nuevos criterios para la construcción de escuelas, la reasignación de plantas profesoras, la revisión de los sistemas de transporte para que incluyeran nuevas rutas y distancias, la reasignación de recursos entre escuelas y nuevas actividades, la modificación de currículos, el aumento de asignaciones presupuestarias, la revisión de los horarios para la práctica deportiva entre escuelas y nuevos sistemas de información para el control de desempeño de la organización. Revolucionario para la época porque eso abrió paso a otras reformas en el sistema público.

432

Precisamente, la relación entre enfoque de derechos humanos y las políticas públicas está en que este tipo de sentencias reestructuran algo en la política, su inacción o deficiencia por parte del Estado; denominándosele “sentencias estructurales” pues denotan un control de constitucionalidad fuerte con “activismo dialógico”, y que implica una visibilización de la problemática de interés público dándole solución involucrando a los actores políticos inmersas en el litigio, intervención que reconoce y afirma la fórmula política de Estado Social Democrático de Derecho (Art. 43° de la Constitución de 1993). Como puede verse el enfoque basado en los derechos humanos, no sólo podría mirarse desde una perspectiva en que la problemática social no se judicialice, sino que, estando inmersos en un litigio, el Tribunal cree que las entidades todavía pueden invitarse a dialogar y ser concretos en brindar las soluciones para el problema objeto de demanda,

1 La sentencia del caso *Brown v Board of Education* (1954), puede verse en Beltrán de Felipe, Miguel y Gonzales García, Julio V. *Las sentencias básicas del tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Boletín Oficial del estado del estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005, pp.275-291.

un mecanismo que reafirma los compromisos estatales en materia de derechos humanos y las estrategias por cumplirlas.

El enfoque basado en derechos humanos gira alrededor de la persona y su dignidad como centro de derechos detectando situaciones que impidan, obstaculicen o restrinjan el ejercicio de sus derechos, facilitado además oportunidades de acceso para satisfacer directamente las necesidades.

Este trabajo de investigación pretende contribuir con suficiente información algunos alcances del enfoque basado en derechos humanos y su incidencia en las políticas públicas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así la pregunta que guía el análisis propuesto es: ¿La existencia del enfoque basado en derechos humanos ha contribuido en el análisis de las políticas públicas en la jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional Peruano?

Nuestro objetivo principal es: Determinar si el enfoque basado en derechos humanos ha contribuido en el análisis de las políticas públicas en la jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional Peruano. Los objetivos específicos se concentran en los siguientes puntos de importancia: a) Explicar cuáles son las obligaciones previstas en los instrumentos internacionales vinculantes sobre derechos humanos, y en la Constitución Política del Estado. b) Analizar las sentencias del Tribunal Constitucional sobre revisión de políticas públicas. c) Recomendar la implementación de un enfoque multidisciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario basado en derechos humanos para fortalecer la normatividad internacional, regional y nacional a través de la difusión académica de sentencias estructurales emitidas por el Tribunal Constitucional.

La hipótesis de esta investigación es que el Enfoque basado en derechos humanos ha contribuido significativamente en el análisis de políticas públicas en la jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional. Con ello se reafirma que no existe zona exenta de control constitucional y que incluso la justicia constitucional debe intervenir progresivamente en los asuntos públicos y estructurales cuando lleguen a su instancia ya sea ordenando mecanismos, implementación de medidas olvidadas o mandarlas realizar al Legislativo, entre otros.

La metodología se ha guiado este análisis documental, así como en el muestreo de fuentes, y el estudio de casos que nos debe instruir para futuras lecciones y no repetir el caos.

2. La evolución en la concepción de Estado y su intervención en los derechos

La existencia del Estado no se reduce a la presencia de elementos objetivos que regularmente lo definen como: territorio, población y una autoridad. El Estado es una concepción moderna corresponde a un proceso cultural por medio del cual la idea de un poder no individualizado encuentra su concretización histórica. (Burdeau 1970).

Ciertamente, el nacimiento del Estado moderno se produjo en Europa occidental y se debe a condiciones sociales, económicas, estructurales y culturales específicas que se vivió en cada estado e influyeron en sus estándares de vida. Así y por medio de una dinámica competitiva en los planos militar, económico, y simbólico que los señores feudales fueron arrastrados en un proceso de institucionalización y de diferenciación de la función política, principalmente con la creación de instituciones especializadas en una tarea particular como le Ejército, el cuerpo de policía, una administración fiscal permanente, diversos parlamentos, etc., precisamente una de las características más sobresalientes del Estado moderno es la monopolización del uso legítimo de la violencia física y simbólica (Bordieu, 1993).

434

En los procesos históricos independentistas de los estados latinoamericanos es particularmente ejemplar de una construcción estatal elitista, la élite criolla, sin mayor participación o integración de las poblaciones. También la existencia de la centralización de poder, pero con una integración extremadamente reducida de la población no criolla (Roth, 2006). Ello fue cambiando luego de las guerras mundiales y a pesar de esa repetitividad en América Latina, el aparato estatal no ha sido capaz de penetrar y ocupar todos los espacios sociales y territoriales. Una de las consecuencias del débil anclaje de las instituciones estatales en la sociedad es la facilidad con la que se pueden hacer cambios institucionales, hasta se le ha catalogado como bulimia legisladora y proliferación de instituciones que resulta ilusorio y simbólico. La incapacidad del Estado de compenetrarse con la sociedad, o por lo menos con parte de ésta como la de ejecutar eficazmente sus políticas, socava su legitimidad y lo aleja de la sociedad que pretende regular. Prueba de ello, es la poca confianza que expresa la ciudadanía latinoamericana en sus instituciones representativas, la administración pública y las instituciones democráticas en general (Rojas, 2010).

El Estado moderno se caracteriza por generar un debate político e ideológico sobre qué y cómo hacer. Durante el siglo XIX la filosofía del liberalismo

político y económico concibió un Estado mínimo que debe limitar sus intervenciones a lo estrictamente necesario para proteger la libertad y la propiedad de los individuos. A inicios del siglo XX el fracaso de ese movimiento con las guerras mundiales, crisis económicas y sociales condujo a considerar cambios en el modo de gobernar. El Estado debía intervenir como un regulador central del desarrollo de la vida social y económica de la nación. Así a partir de las primeras décadas del siglo XX bajo la influencia de la ideología socialista (el movimiento obrero y la Revolución bolchevique) y de las ideas económicas del Keynesianismo, se desarrollaron varios modelos de estados que se diferenciaron entre otras cosas, por su grado y modo de intervención en la vida social y económica de sus respectivos países. Sin embargo, a partir de los años setenta del siglo XX, el intervencionismo del Estado es nuevamente cuestionado, el intervencionismo burocrático y keynesiano pareció no estar en capacidad de resolver satisfactoriamente los problemas sociales y económicos de la época. Y fueron surgiendo cambios hacia el neoliberalismo con ciertas reformas de políticas económicas como la globalización, la autonomía de los mercados frente al Estado, pero disponiendo de instituciones fuertes para lograr una regulación eficiente de los mercados, y algunos intentan otra variantes de este nuevo modelo, esto es una combinación de intervencionismo estatal y participación ciudadana, aunado a la consolidación de regímenes democráticos, alianzas regionales como la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), la Alianza del Pacífico, etc, en América Latina.

Es verdad que, los Estados enfrentan problemáticas siempre renovadas en nuevos contextos internacionales, nacionales, regionales y locales: como la pandemia por la COVID19, exigencias por fortalecer la democracia, la participación ciudadana, la autonomía regional y, por ejemplo, reforzar las medidas para la protección del medio ambiente y la seguridad ciudadana, inequidad, desigualdad, pobreza, violencia, terrorismo, corrupción e inseguridad siguen siendo tema de agenda política lo cual influye sobre el funcionamiento del Estado. Como se puede ver, la cuestión de cuándo y cómo interviene el Estado en la sociedad sigue siendo una pregunta vigente.

3. La política pública

La política es la designación de los propósitos y programas por parte de las autoridades públicas, a través de la producción normativa de las instituciones públicas (planes, leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, fallos

jurídicos, etc.) como las actividades políticas y administrativas oficiales realizadas por actores políticos, sociales y otros (discursos, textos, nombramientos, etc.) para la elaboración, decisión, implementación y evaluación de políticas públicas, así como sus efectos en la sociedad y en la actividad política misma.

Siendo un fenómeno complejo en el que interactúan frecuentemente redes estructurales de agentes institucionalizados, debe concebirse la política pública como un conjunto de elementos que, con el concurso activo o voluntariamente inactivo de alguna institución gubernamental o autoridad pública, se articulan racionalmente entre sí, para lograr el mantenimiento o la modificación de algún aspecto de orden social.

Los elementos centrales que permiten identificar la existencia de una política pública son 4: percepción de problemas o expresiones de insatisfacciones, implicación del gobierno o de una autoridad pública, definiciones de objetivos y proceso. Entonces podríamos decir que una política pública existe siempre y cuando instituciones estatales, gubernamentales o públicas se comprometan total o parcialmente con la tarea de alcanzar objetivos, estimados como necesarios para el interés público, cuyo proceso está destinado a cambiar un estado de cosas percibido como problemático o insatisfactorio o hasta inconstitucional. Que en algunos casos puede significar hasta arbitrariedad el análisis de una política pública.

436

Para diferenciarlo de otros términos como programa, plan, proyecto. Programa se entiende como una serie ordenada de operaciones necesarias para llevar a cabo un objetivo en particular de largo plazo; un plan una propuesta detallada para lograr algo, y un proyecto, una iniciativa cuidadosamente planeada y diseñada para lograr un objetivo particular. En conclusión, podemos decir la política se entiende como orientaciones generales y acciones que se desarrollan mediante programas que se concretan en proyectos.

4. Análisis de políticas públicas y el enfoque basado en derechos humanos

El análisis de las políticas públicas consiste precisamente en el análisis del proceso de la acción pública bajo diversas disciplinas académicas tradicionales. Dunn, (1981) manifestaba que, se requieren de múltiples métodos de investigación y argumentos a fin de resolver problemas de política pública. Las perspectivas para analizarlas han ido evolucionando son tres: Primero, una perspectiva

de investigación científica clásica basada en la comprobación de explicaciones causales a partir de datos y evidencias empíricas para soportar la toma de decisión (enfoque neopositivista). A partir de los años 80 una segunda perspectiva, llamada cognitivista integró en sus marcos teóricos, las evidencias empíricas y el papel de las ideas. Finalmente, la interpretativista fundamentada en el construccionismo social, la teoría crítica y el giro argumentativo o lingüístico en las ciencias, minimizó la importancia de las evidencias empíricas.

El enfoque basado en derechos humanos está basado en los valores, principios y normas universales, propios de la dignidad de la persona humana, que se refieren a la vida, libertad, igualdad, seguridad, participación política, bienestar social y cualquier otro aspecto ligado al desarrollo integral de la persona, y que se sustentan en los derechos humanos. Un desarrollo basado en este enfoque, pretende transformar las relaciones de poder que existen, corregir las desigualdades, las prácticas discriminatorias y el injusto reparto de poder, por ser estos los principales problemas que obstaculizan el desarrollo. (Barco, 2014).

Por su parte el enfoque basado en derechos humanos como una mirada integral al Estado democrático de Derecho, permite evaluar la incidencia política condicionando la existencia de mecanismos para viabilizar las demandas ciudadanas los compromisos estatales en materia de derechos humanos y las estrategias para cumplir con esos compromisos estatales en materia de derechos humanos y las estrategias para cumplir con esos compromisos, aclarando el vínculo entre compromisos y estrategias estatales. Beetham y Boyle (1995) consideran que la reivindicación de derechos carece de valor si no se atribuye el deber a una institución o agente responsable de intervenir o abstenerse de hacerlo para que el derecho sea efectivo. Estos autores aseguran solo pueden realizarse cuando existe un deber aceptado por parte de un agente o institución responsable de un respeto y protección. En ese sentido, los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos de exigibilidad y cumplimiento.

En la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Humanos de las naciones unidas (1981), se establece que las obligaciones previstas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos no deben limitarse al reconocimiento de los derechos humanos, sino que implican que los Estados se comprometan a garantizar el goce de sus derechos. La Organización de las Naciones Unidas (1966) en el artículo 2° del Pacto Internacional de derechos sociales, económicos y culturales,

formuló dos cosas: la primera de ellas establece que las medidas que buscan la plena realización de los derechos deben adoptarse, dentro de un plano razonablemente breve tras la entrada en vigor del pacto. La segunda postula que los Estados deben comprometerse a garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian en el pacto, sin discriminación alguna. Esta segunda consideración es de cumplimiento inmediato. Con ello, la Organización de las Naciones Unidas expresa la necesidad de ir tras toda medida que resulte contrario a lo declarado y ratificado por los Estados, discriminación, desigualdad, falta de recursos básicos para subsistir, pensiones justas, etc.

Una de las primeras obligaciones estatales es: la obligación de respetar los derechos humanos evitando la adopción de medidas que impidan, obstaculicen o restrinjan el ejercicio de estos; en segundo lugar, la obligación de proteger los derechos humanos desplegando los mecanismos y los medios necesarios para impedir que terceros injeriera, obstaculicen, o impidan el ejercicio del derecho y proveer directamente los servicios para satisfacer las necesidades de las personas.

438

El marco normativo internacional insiste en que los estados deben cumplir con sus obligaciones y poner a disposición de los ciudadanos los mecanismos (jurídicos o de otro tipo) para que ellos exijan el cumplimiento de sus derechos. Esto depende en gran parte de cómo asumen los derechos en cada nación. En efecto, la naturaleza de los marcos normativos determina las posibilidades de exigibilidad de los derechos. Por ejemplo, los Pactos de Derechos humanos como el Pacto internacional de los derechos sociales, económicos y culturales a diferencia del Pacto de derechos civiles y políticos tienen marcos de control y protección distinto. En el caso de estos últimos se comprometieron a proteger, respetar y a garantizar su goce, de manera inmediata, tras su ratificación, en cambio en los primeros los estados se comprometieron a adoptar medidas para lograr el ejercicio progresivo de esos derechos hasta el máximo de recursos disponibles, pues esas diferencias implican niveles distintos de exigibilidad. Según Sañudo (2012) como consecuencia de la poca atención prestada a estos derechos su contenido parece no estar bien definido, pues implica que los mecanismos para su protección y garantía son limitados. Esta situación debe cambiar con la puesta en marcha del Protocolo Facultativo para el Pacto Internacional de DESC de las Naciones Unidas en el 2008.

En el Perú, el artículo 55° de la **Constitución** dice: «Los **tratados** celebrados por el Estado y en vigor, forman parte **del derecho** nacional» y, asimismo, la Cuarta Disposición Cuarta y Complementaria del Constitución de 1993 que prescribe: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Bajo esta perspectiva se entiende que los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y sus contenidos son incorporados en el bloque de constitucionalidad, lo que implican que adquieren fuerza normativa en el ámbito nacional. Esto supone a su vez que en virtud de las obligaciones que ha adquirido, debe desplegar las estrategias necesarias para alcanzar lo estipulado para cada derecho.

5. Principios de incidencia política desde el enfoque basado en los derechos humanos

Vásquez, G. H., Aldecoa, F., & Pazos, M. F. S. (2011) en su libro *Gestión de los derechos humanos: guía para su aplicación en los proyectos de cooperación al desarrollo* cita algunos principios que permiten enfocar el análisis de las políticas públicas desde los derechos humanos.

1. Las acciones de incidencia política, desde un enfoque basado en los derechos humanos, deben tener como referentes los principios de la normativa internacional sobre derechos humanos.
2. Los Estados, en razón de sus obligaciones, son los entes encargados de la garantía, la protección y el respeto de los derechos humanos.
3. La garantía, la protección y el respeto del derecho a la participación política posibilita que la sociedad civil, de manera organizada, pueda influir los asuntos públicos relativos a los derechos humanos.
4. La interdependencia de los derechos debe permear las acciones de incidencia política. Es necesario tener en cuenta que los derechos humanos son interdependientes. Por lo tanto, todas las acciones en beneficio de un derecho repercuten positivamente en beneficio de los otros.

5. La universalidad de los derechos, es decir el reconocimiento de que todas las personas, sin distingo alguno, son sujetos de derechos, implica articular todos los grupos de intereses posibles en una acción.

La incidencia política ha cobrado relevancia en las últimas décadas sobre todo en países con altos niveles de exclusión y desigualdad. Barriga, Fajardo y Meza (2012) sostienen que este enfoque puede reunir los siguientes puntos:

1. La incidencia política es un proceso de acción colectiva llevado a cabo de manera organizada. Esta organización puede responder a un problema coyuntural o a problemas estructurales.
2. La incidencia política es un conjunto de acciones planificadas que tienen un objetivo claro y que han sido definidas mediante la participación de los ciudadanos (movilización social, el litigio estratégico, negociaciones en conflictos colectivos, entre otras), con el fin de influir sobre las instancias de poder político: Ejecutivo, Legislativo y Judicial a través de sus atribuciones de control en pro del cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Desde esta perspectiva, la incidencia política sobre actores privados no es una prioridad dado que el Estado es el que debe desplegar las estrategias necesarias para que terceros (empresas y otros) no interfieran en el ejercicio de los derechos.
3. La incidencia política contempla la exigencia de los derechos humanos (entendiendo que los mecanismos de participación pueden ser usados para reclamar el cumplimiento de las obligaciones), la presión para el posicionamiento de demandas sociales, económicas, políticas y culturales de la sociedad civil, y la participación en el diseño, puesta en marcha, seguimiento y evaluación de las estrategias estatales para la garantía, la protección y respeto de los derechos humanos.
4. El uso de mecanismos de incidencia política depende de la existencia de una institucionalidad adecuada para la protección y el respeto de los derechos humanos, de la garantía del derecho a la participación ciudadana y de la existencia de una ciudadanía con capacidad para hacer uso de dichos mecanismos.
5. La incidencia política es más que una simple estrategia de persuasión de los actores estatales en beneficio de los intereses de los ciudadanos, pues se

presenta como una herramienta clave para ejercer presión sobre el cumplimiento de los compromisos estatales en materia de derechos humanos.

El Programa Nacional de Derechos Humanos curiosamente ha previsto todos los lineamientos con el enfoque basado en derechos humanos: Lineamiento 1: institucionalizar y transversalizar el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas; lineamiento 3: Asegurar la plena vigencia de los derechos humanos integrales; pero la realidad en la jurisprudencia, la elevada carga procesal nos dice en número que algo está fallando y que merece dar lectura a los casos en donde el Tribunal ha tenido que corregir mecanismos que con su retraso ha ocasionado la afectación gravísima de derechos humanos. Por lo que podríamos concluir que el EBDH no excluye a que sea la propia justicia quien revise estos casos de vulneración de derechos.

6. El rol del tribunal constitucional y su intervención en las políticas públicas

Cuando se han agotado los mecanismos de diálogo entre los administrados y el Estado, respecto a la solución de las políticas estatales que afectan derechos sociales, queda la línea del conflicto, del litigio, que se inicia de manera individual y termina con una determinación colectivista que sobre pasa la capacidad procesal de cualquier entidad del Estado a esas sentencias que evalúan este tipo de comportamientos omisivos, de inacción por parte del Estado se les ha catalogado a esos pronunciamientos como SENTENCIAS ESTRUCTURALES dentro de un modelo dialógico. Y revisaremos en adelante como se entrelazan este tipo de sentencias, ¿cuándo se utilizan?

Una sentencia estructural se caracteriza principalmente por concurrir con ella los siguientes elementos: 1) los derechos que son objeto de protección judicial pertenecen a un gran número de personas. 2) la causa de violación de los derechos es una situación de bloqueo institucional; 3) la decisión judicial constituye una orden compleja, pues su cumplimiento involucra a dos o más responsables y; 4) la decisión va seguida por una fase de seguimiento para evaluar el cumplimiento de dicha orden.

Cabe precisar que los Tribunales no “diseñan” la política pública, sino que se “articulan” con la rama política (Ejecutivo, Congreso, etc.), primordialmente de dos formas: “al inicio, señalando un evento como una cuestión que debe

merecer la atención estatal, y al final revisando en la etapa de evaluación los resultados de la implementación de la política diseñada por el respectivo organismo gubernamental. En ese sentido el dictado de una sentencia estructural exige la evaluación estratégica de, cuando menos los siguientes factores:

- a) La legitimidad y fortaleza del sistema judicial;
- b) La capacidad institucional del tribunal así como de los organismos responsables de implementar la decisión;
- c) Los costos de implementación de la decisión (financieros, pero también políticos);
- d) El tamaño del grupo demandante (mientras más extenso, menor nivel de cumplimiento); y finalmente,
- e) Los movimientos sociales en torno al proceso judicial, cuya participación puede ayudar a mantener la presión pública sobre las autoridades concernidas. (RODRIGUEZ, 2014)

442

En el caso peruano, las sentencias estructurales que cumplen con estos parámetros pueden adoptar diferentes variantes. El supuesto más claro e, sin duda cuando en ellas se emplea la técnica del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) frente a violaciones sistémicas y reiteradas de derechos pues se acompañan un conjunto de medidas a ser implementadas por varias autoridades con el objeto de reparar el derecho vulnerado, haciendo factible atacar la omisión o inercia de la autoridad, como pueden ser los procesos de amparo o de cumplimiento, utilizados desde una perspectiva de litigio estructural.

7. Casos de revisión de políticas públicas de entidades del estado por el Tribunal Constitucional

La jurisprudencia constitucional ofrece diversos casos en los que la apreciación de este supuesto resultó correcta. Un caso emblemático sobre un problema estructural de violación de derechos, en el caso del sistema de contratación externa de abogados que realizaba la ONP con el fin de evadir el pago de las pensiones a las personas jubiladas. La STC Exp. N° 05561-2007-PA, que declaró un ECI en este ámbito, puso en evidencia no sólo la temeraria actuación que venía asumiendo la ONP en los procesos judiciales sobre derechos pensionarios que instauraba

contraviniendo la jurisprudencia expresa del TC, sino también todo un aparato institucional diseñado para dilatar dichos procesos por medio de la tercerización de éstos a estudios de abogados, cuya asignación presupuestal incluso superaba los montos que, reclamados por los pensionistas, y sobrecargaba innecesariamente las labores de los jueces constitucionales, por ejemplo, en los fundamentos 40 y 41 llegó a expresar la necesidad de que este sistema de contratación “debe merecer una reestructuración integral”, “de todas las áreas de la ONP” a efectos de eliminar esta práctica manifiestamente contraria los derechos de los pensionistas.

Otro caso conocido caso de inercia, afrontado activamente por la jurisprudencia del TC, ha sido el relativo a la atención de la salud mental en los centros de salud del Estado. El carácter estructural del problema lo demuestra el amplio abanico de asuntos que han merecido la atención, hasta el momento, del Tribunal: desde las órdenes de alta que afectaban la salud de los pacientes, hasta el consentimiento previo e informado para su ingreso a los centros psiquiátricos o las condiciones del internamiento pasando por la falta de capacidad de los centros de atención psiquiátrica para atender las medidas de seguridad de internamiento que son dictadas por el Poder Judicial en el caso Marroquin soto STC N° 03428-2008.HC. Precisamente en las STC N° 03081-2007-PA (Caso Ramón Medina Villafuerte), 05842-2006-HC (Caso Instituto de Salud Mental “Honorio Delgado – Hideyo Noguchi”).

443

Así también en el ámbito universitario, en la STC N° 0017-2008-HC (Caso Filiales universitarias) respecto a la inacción de los órganos rectores del sistema universitario en el país. El problema de la contaminación ambiental en la ciudad de La Oroya, en el caso STC 2002-2006-PC – Caso Fabián y otros, en la cual se ordenó al Ministerio de Salud implementar un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por lomo en la ciudad de La Oroya, incluyendo la participación del gobierno regional, la municipalidad provincial, el ministerio de Energía y Minas y empresas privadas como Doe Run Perú SRL.

El caso del acceso a la información pública en los procesos de ratificación ante el Consejo Nacional de la Magistratura, en el caso Arellano Serquén STC N° 02579-2003-HD. Asimismo, cuando se declaró un ECI, para lograr la ejecución de una sentencia de la CIDH, STC N° 01722-2011-PA (Caso Sitramun-Lima) en el que el TC llegó a constatar que los órganos jurisdiccionales del Poder

Judicial venían incurriendo en una conducta permanente y constante de incumplimiento de una sentencia laboral por más de 12 años y del mandato ordenado por la Corte IDH en la sentencia del caso Acevedo Jaramillo y otros vs Perú, lo que había desencadenado la violación masiva y/o generalizada de varios derechos fundamentales de los beneficiarios de dicho mandato en la etapa de ejecución. Fj. 32.

Otro caso, singular donde se han revisado comportamientos anticonstitucionales por parte de la Administración Pública ha sido respecto de la práctica de las Escuelas de formación policial y militar, de separar a sus alumnos por razón de maternidad o paternidad. Inicialmente el TC había establecido que las escuelas de formación de la Policía se encontraban impedidas de separar a alguna alumna y/o cadete por su estado de embarazo, siendo esta práctica reiterada, al margen de la ley, corroborando con las múltiples quejas que eran recibidas por la Defensoría del Pueblo, denuncias en los medios de prensa. Años después en el caso EXPE N° 01126-2012-PA (Caso Marthyory Pacheco Cahuana) el Tribunal evaluó los requerimientos efectuados por las escuelas policiales y militares a sus estudiantes, para que señalen si eran padres o no, y en función de ello decidir si eran separados de la institución, hoy en día esta situación persiste, y las entidades castrenses se niegan a dialogar, pudiendo incluso el tribunal incrementar el nivel de las órdenes que ha dispuesto inicialmente.

444

Son en total 16 sentencias estructurales que el tribunal Constitucional en los que ha declarado ECI frente a una omisión e inacción por parte de las entidades del Estado, y en todas ellas definitivamente puede verse que la implementación de las políticas públicas se encuentra ausente el enfoque basado en derechos humanos pues como hemos referido líneas arriba, mientras más carga procesal exista demandando en el Tribunal a través de recursos de amparo u otra garantía constitucional mayor debe ser la evaluación de cómo se están comportando las entidades del estado ya sea como acciones, omisiones, o la puesta en práctica de reglamentos que concretizan una política pública ausente de este enfoque. Pues en este tipo de sentencias el Tribunal Constitucional ingresa a un análisis de las políticas públicas desde una perspectiva académica, profesional, neopositivista, donde tienen presente el estado democrático de derecho y la defensa de la dignidad de la persona que se extiende a todo un colectivo para ir graduando sus órdenes a la entidad que incumple desde las más débiles a la más fuerte.

8. A modo de conclusión

En muchos de los casos abordados el Tribunal ha brindado un marco conceptual para entender la forma en que es posible judicializar los derechos sociales reforzando su vinculación normativa, pero al mismo tiempo respetando el margen de actuación política pertinente, o el principio democrático. Se ha avanzado brindando información objetiva y ha dialogado en más de un caso con las instituciones involucradas, detectando factores, causas, falta de implementación de mecanismos, falta de participación ciudadana, todo ello relacionado con el análisis de políticas públicas en sus diferentes fases: identificación del problema, formulación de acciones, toma de decisiones, implementación y evaluación.



Bibliografía

- BARCO, C. A. (2014). *El enfoque basado en derechos ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?* DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS. *Manual*, 51.
- BARRIGA, M., FAJARDO, J., & MEZA, M. (2012). *Guía de incidencia política de los sectores LGTBI de la ciudad de Bogotá*. Recuperado de la página web de la Corporación Red Somos: <http://www.redsomos.org/contenidos/documentos>.
- BORDIEU, Pierre (1993), “*Espirits d’Etats. Genèse et structure du champ bureaucratique*”, en *Actes de la recherche en Sciences Sociales*, 96/97, pp.49-62.
- BURDEAU, Georges, 1970. *L’Etat*, Seuil, Paris.
- CAPANO, G., (2009) “*Understanding Policy change as an Epistemological and theoretical Problem*” en *Journal of Comparative Policy Analysis*, vol.11,nº 1, pp. 7-31.
- DUNN, W.N. (1981) *Public Policy Analysis: An introduction* Englewoog Cliffs, N.J.: Prentice – Hall.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Principia iuris*, T.I, Trotta, Madrid.
- FISS, O. M. (2007). *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRIGUEZ GARAVITO, César y Celeste KAUFFMAN. *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para jueces, funcionarios y activistas*, De Justicia, Bogotá, 2014, pp 13-16.
- ROJAS AREVANO, Francisco, (2010) *Confianza: base para la gobernabilidad y la convivencia democrática en América Latina y el Caribe, VI Informe del Secretario General de FLACSO*, FLACSO, San José.

- ROTH, André-Noël, (2006). *Discurso sin compromiso. La Política de derechos humanos en Colombia*. Ediciones Aurora. Bogotá
- VÁSQUEZ, G. H., Aldecoa, F., & Pazos, M. F. S. (2011). *Gestión de los derechos humanos: guía para su aplicación en los proyectos de cooperación al desarrollo*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.