

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLÍTICAS PÚBLICAS**



**TEMA DE INVESTIGACIÓN
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SALUD COMO MECANISMO COADYUVANTE EN LA PROTECCIÓN DE
DERECHOS FUNDAMENTALES**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

**PRESENTADO POR:
EVA MARÍA BONILLA ARCE**

**DOCENTE ASESOR:
DR. HENRY ALEXANDER MEJÍA**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE 2021.

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga López

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez

DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

A Dios.

A Marianita y Andrés por las horas de juego que les robé.

A mamá por su apoyo incondicional.

TABLA DE CONTENIDO

Abreviaturas	v
Introducción	vi
Resumen	ix
Capítulo 1: Políticas Públicas y el Derecho Administrativo	
1. Las políticas públicas como fuente del Derecho Administrativo	1
1.1. Fuentes del Derecho Administrativo	1
1.2. Las políticas públicas como fuente del Derecho Administrativo	4
2. Aproximaciones conceptuales de las políticas públicas	6
2.1. El ciclo de las políticas públicas	8
2.1.1. Fase de gestación	9
2.1.2. Formulación	11
2.1.3. Implementación	11
2.1.4. Evaluación	14
2.2. Régimen político y factores en la creación e implementación de las políticas públicas	15
3. Relación entre los DESC y las políticas públicas	18
3.1. Los DESC en el derecho internacional	18
3.2. El principio de progresividad en los DESC	21
3.2.1. El principio de progresividad y prohibición de regresividad	23
3.3. Relación entre las políticas públicas y los DESC: el enfoque de derechos	24

Capítulo 2: El Control de constitucionalidad de las políticas públicas

1. El control constitucional en el Estado de Derecho	29
1.1. El Estado constitucional de derecho	29
1.2. Sistemas de control de constitucionalidad	30
1.3. Evolución histórica del control constitucional de las políticas públicas	33
1.3.1. Political questions	33
1.3.2. Caso Brown vs. Board of Education, EEUU	38
1.3.3. Caso Groothboom contra la República de Sudáfrica	41
1.3.4. Control de constitucionalidad de las políticas públicas en Latinoamérica	46
2. Sentencias estructurales	50
3. Estado de cosas inconstitucionales	53

Capítulo 3: El juez constitucional como actor político

1. La Corte Constitucional como actor político	57
1.1. La relación de las cortes constitucionales y los otros poderes políticos	57
1.2. La judicialización de las políticas públicas	59
2. El rol del juez constitucional ante las políticas públicas	59
2.1. El papel tradicional del juez constitucional	61
2.2. El papel activista del juez constitucional	63
2.2.1. Activismo judicial	64
2.2.2. Críticas al activismo judicial	66

2.2.2.1. Principio de separación de poderes	66
2.2.2.2. Capacidad técnica de las cortes	68
2.2.2.3. La objeción contramayoritaria	69
2.2.3. Argumentos a favor del activismo judicial y los fallos estructurales	72
2.3. El papel del juez constitucional desde una perspectiva intermedia	73

Capítulo 4: La justicia constitucional y las políticas públicas de salud. Análisis jurisprudencial.

1. Análisis jurisprudencial sobre el control de constitucionalidad de las políticas públicas de salud en el derecho comparado	81
1.1. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760	81
1.2. Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia 157-37-2008 (vacuna neumococo)	86
1.3. Corte Constitucional de Sudáfrica, Minister of Health vs. Treatment Action Campaign	89
2. Análisis jurisprudencial sobre políticas públicas de salud en El Salvador	91
2.1. El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional salvadoreña	91
2.2. Amparo 32-2012 (caso neonatos)	93
2.3. Amparo 749-2014 (esterilización forzada)	97
2.4. Amparo 938-2014 /caso pacientes con hemofilia)	103
3. Incidencia de las sentencias de la Sala de los Constitucional	

en las políticas públicas de salud	107
Conclusiones	113
Recomendaciones	116
Anexo 1	118
Anexo 2	121
Anexo 3	124
Bibliografía	125

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

Art./arts.:	artículos.
Amp.:	Amparo.
Cn.:	Constitución de la República de El Salvador.
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
D.E:	Decreto Ejecutivo.
DESC:	Derechos económicos sociales y culturales
D.L.	Decreto Legislativo.
D.O.:	Diario Oficial.
Inc.:	Inconstitucionalidad.
inc.:	inciso
ISSS:	Instituto Salvadoreño del Seguro Social.
Lit.:	Literal.
MINSAL:	Ministerio de Salud Pública
N°:	Número.
ONG:	Organismo no gubernamental
Ref.	Referencia
SCn:	Sala de lo Constitucional.
SCA:	Sala de lo Contencioso Administrativo.

INTRODUCCIÓN

En un Estado de Derecho todas las acciones del aparato estatal deben estar sometidas a las leyes y principalmente a la Constitución cuyos preceptos no consisten en meras declaraciones de voluntad sino en derechos que tienen que materializarse a favor de las personas.

De conformidad con el art. 1 Cn., la persona humana es el origen y fin de la actividad del Estado, lo que significa que este se ha constituido por y para el servicio de las personas, por lo que su estructura y quehacer debe estar concebido para garantizar los derechos de sus habitantes, de manera que se procure una vida más digna para los ciudadanos.

En orden de alcanzar tan ambicioso objetivo, el Estado debe crear e implementar políticas públicas que le permitan materializar los derechos prestacionales a favor de las personas. Así, las políticas públicas deben estructurarse desde un enfoque de derechos humanos, en el que el Estado se vuelve el primer sujeto obligado y las personas se convierten en sujetos de derechos que pueden exigir la garantía de aquellos.

Los órganos Legislativo y el Ejecutivo son los que se encargan de elaborar y ejecutar las políticas públicas. Su legitimación democrática los hace más cercanos a la población y de esta manera pueden conocer sus necesidades reales. Sin embargo, el problema surge cuando existe un debilitamiento en el vínculo de representatividad entre la población y los poderes políticos. Las personas se sienten desoídas y sus problemáticas no logran permear la agenda política para ser atendidas.

En ese contexto, cabe plantearse si existen mecanismos legales que permitan materializar los derechos consagrados en la Constitución que sistemáticamente han sido ignorados por los poderes políticos. En otros países se observan ejemplos de cómo las cortes constitucionales han canalizado las quejas y las necesidades de la población respecto a la desatención de una problemática que les aqueja y que genera una afectación en sus derechos. Así, los casos íconos de *Brown vs. The Board of Education* que declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas en Estados Unidos, la tutela T-760 que reformó el sistema de salud en Colombia y el caso *Groothman vs. el gobierno de Sudáfrica* que incidió en las políticas públicas de vivienda para un sector de la población que había sido marginado por décadas, demuestran que a través de un proceso constitucional –con una corte interesada y proactiva– es posible modificar o crear políticas públicas en aras de garantizar los derechos de la población.

En nuestro país no son muchos los estudios referentes al control de políticas públicas y ninguno se centra en analizar si consiste en un mecanismo eficiente para tutelar el derecho a la salud o si, por el contrario, los mandatos de las sentencias quedan en meras declaraciones que no logran permear las decisiones de los Órganos Políticos y a la propia Administración.

En tal sentido, la presente investigación pretende comprobar si el control de constitucionalidad de las políticas públicas de salud que ha ejercido la Sala de lo Constitucional mediante el control concreto del proceso de amparo ha sido un medio idóneo para garantizar derechos fundamentales. Es decir, su objetivo –de manera general– es determinar si el control ejercido por la Sala de lo Constitucional sobre aspectos que atañen a políticas públicas de salud –o la falta de ellas– ha incidido de manera positiva en la protección de tal derecho.

La tipología de la investigación se proyectó para desarrollarse bajo un esquema mixto con una doble dimensión: la primera, dogmática-jurídica, en la se analizan factores cuantitativos y, la segunda, socio-jurídica con la que se busca obtener elementos cualitativos.

Al respecto, es preciso mencionar que en el desarrollo de la investigación se enfrentaron dificultades que no permitieron desarrollar la parte socio-jurídica. La pandemia de covid-19 generó una situación adversa para esta parte de la investigación. Aunado a ello, la declaratoria de reserva de la política pública de salud también representó una dificultad para la obtención de información desde las fuentes oficiales de manera directa a través de instrumentos como la entrevista. Es por ello que, más allá de los resultados de las solicitudes al acceso a la información y una entrevista a una fundación representante de los intereses de los pacientes, no se logró obtener los resultados deseados, pues no fue posible entrevistar a los funcionarios¹ relacionados a los casos analizados.

No obstante, bajo el enfoque dogmático jurídico se analizó la información de los documentos académicos compilados, descomponiendo sus elementos de manera sistemática, objetiva y coherente, lo que facilitó discernir su contenido y la utilidad para la investigación, especificando los aspectos esenciales desde la perspectiva doctrinaria sobre la temática relacionada a la investigación y tener una mejor comprensión del fenómeno investigado, así como las aristas que le rodean desde un enfoque doctrinario. Este ejercicio permitió contar con los suficientes elementos para efectuar el análisis jurisprudencial de las sentencias y resoluciones de los amparos en cuestión, logrando cumplir con el objetivo de la presente investigación.

Además, se realizó un breve estudio de la jurisprudencia relevante a nivel internacional sobre políticas públicas en materia de salud –especialmente en el ámbito latinoamericano–, y de las sentencias de amparo previamente escogidas. Dicho análisis subraya los argumentos expuestos por las distintas cortes constitucionales, los aspectos de las políticas de salud que fueron modulados por dichas sentencias y el control en el cumplimiento de lo ordenado.

De tal manera que, aun cuando no se logró obtener la información socio-jurídica deseada, ello no impidió que mediante el análisis total de la información compilada se pudiera tener suficientes elementos para estudiar la jurisprudencia constitucional salvadoreña y poder determinar la eficacia que esta en la tutela del derecho a la salud.

En ese orden, –nivel de la jurisprudencia local– se escogieron tres sentencias emitidas durante los años 2015 y 2017 por la Sala de lo Constitucional salvadoreña –sentencias Amps. 749-2014 (caso esterilización forzada), 938-2014 (casos pacientes con hemofilia), y 32-2012 (caso medicamento neonatos)–. Estos amparos fueron previamente elegidos debido a que aportan elementos distintos que enriquecen el estudio del fenómeno en cuestión, tales como las partes que intervinieron, su fase de cumplimiento y los mandatos que se emitieron.

En ese orden, el trabajo de investigación se ha estructurado en cuatro capítulos con los que se pretende transitar desde los aspectos doctrinarios generales de las políticas públicas y su relación

¹ La renuencia a ser entrevistado podría atribuirse, por una parte, a la existencia de la pandemia COVID-19, así como en el hecho que desde el año 2019 la política nacional de salud ha sido declarada materia reservada desde el año 2019, resolución razonada de 10 de septiembre de 2019; doi: <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/minsal/documents/indice-de-informacion-reservada>.

con los derechos fundamentales hacia el control de constitucionalidad de estas, subrayando el rol de las cortes constitucionales como actor político cuando ejerce un control de constitucionalidad más proactivo hasta concluir con la eficacia de la actuación judicial en beneficio de los derechos de los ciudadanos.

En el primer capítulo, se abordan aspectos generales de las políticas públicas, tales como su relación con el Derecho Administrativo como fuente de este, su definición, así como el ciclo que recorren para consolidarse. Asimismo, se aborda la relación entre los DESC y las políticas públicas, haciendo énfasis en el enfoque de derecho, ello necesariamente implicará hacer referencia al principio de progresividad y no regresividad.

El capítulo dos introduce las nociones al control de constitucionalidad de las políticas públicas, inicia con generalidades del control de constitucionalidad en el estado de derecho y los distintos sistemas utilizados. Además, contiene un breve análisis de la evolución que ha tenido el control constitucionalidad de las políticas públicas, para ello, se sintetizan tres casos icónicos en esta materia. Asimismo, se hace referencia a las sentencias estructurales y a la declaratoria de cosas inconstitucionales, aspectos esenciales la tratar sobre el control de políticas públicas.

El tercer capítulo se centra en el rol que asume el juez constitucional cuando ejerce el control constitucional sobre políticas públicas. Se expone el papel tradicional del juez constitucional y del juez activista. Se abordan las críticas más importantes hacia el activismo judicial, así como la contraargumentación que plantean aquellos que defienden cortes más activas en aras de materializar los derechos constitucionales a través de las políticas públicas.

Por último, en el cuarto capítulo se efectúa un análisis jurisprudencial referente al control de constitucionalidad de políticas públicas de salud. Se comentan tres sentencias de tribunales foráneos, haciendo énfasis en los aspectos que pudieron coadyuvar en su eficacia respecto a la creación y/o modificación de políticas públicas. Luego se abordan las tres sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional, señalándose los aspectos relevantes en la fase de ejecución que podrían demostrar el cumplimiento o no de los mandatos contenidos en cada uno de los fallos.

En ese orden, la investigación pretende verificar si el control ejercido por la Sala de lo Constitucional en determinados casos de amparos referentes a la tutela del derecho a la salud logró incidir en la modificación y/o construcción de políticas públicas que garantizaran de mejor manera a las personas.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD
COMO MECANISMO COADYUVANTE EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES

POR

EVA MARÍA BONILLA ARCE

RESUMEN

Las políticas públicas consisten en decisiones tomadas por las autoridades públicas que se concretizan en acciones luego de haber sido estratégicamente seleccionadas dentro un conjunto de alternativas con las que se pretende resolver problemas que han sido previamente identificados. La creación de políticas públicas puede esquematizarse en un ciclo de distintas fases concatenadas en las que participan distintos actores cuya finalidad es dar la respuesta idónea a una problemática social.

Ahora bien, cuando se trata de un Estado democrático en el que la persona es el centro y razón de ser –como es nuestro país según lo establece el art. 1 de la Constitución–, las políticas públicas deben tener un enfoque de derecho. Bajo este enfoque se abandona la perspectiva del Estado benefactor que concede –casi que por caridad– bienes y servicios a la población y se retoma el paradigma del individuo sujeto de derechos frente a un Estado obligado a proporcionarle los servicios necesarios que garanticen al menos el mínimo de sus derechos fundamentales.

Concebir a la persona como sujeto de derechos, siendo el fin de la actividad estatal implica la exigibilidad de los derechos frente al Estado. Es decir, la Constitución y los derechos consignados en ella se deben de materializar y ante la omisión por parte de las autoridades, las personas pueden reclamar y demandar su cumplimiento.

Dentro de los mecanismos de exigibilidad están los jurisdiccionales y entre estos, como un medio subsidiario a la protección de derechos fundamentales está el amparo –art. 247 Cn.–. Aun cuando el proceso de amparo es un control concreto sus efectos pueden trascender el conflicto *interparte* e impulsar la creación de una política pública o reformar una existente.

De este modo, el amparo estructural se ha convertido desde ya hace más de cinco décadas en un medio idóneo para lograr colocar en la agenda pública de los actores políticos ciertas problemáticas que no han sido atendidas y que requieren de una solución mediante la creación o modificación de una política pública. Entre los ejemplos clásicos de este tipo de amparo son el caso *Brown vs. Board of Education* mediante el cual se se declaró la inconstitucionalidad de la segregación racial de las escuelas estadounidenses.

En las últimas dos décadas el amparo estructural ha tomado relevancia en Latinoamérica, ello debido a la crisis institucionalidad y al debilitamiento del principio de representatividad de los poderes políticos. La población al percibir que sus problemas no son atendidos por aquellos que

democráticamente los representan, buscan otros mecanismos para ser escuchados. De este modo, las cortes constitucionales se convierten en un actor político y se vuelven cortes activistas.

Ante el activismo judicial se plantean tres objeciones principales: el principio de separación de poderes, la capacidad técnica de las cortes constitucionales y la legitimidad democrática de las cortes para ejercer el control de constitucionalidad o la posición contramayoritaria. No es posible negar el fundamento sólido que poseen estos cuestionamientos; sin embargo, se logran disuadir con la forma de proceder del tribunal, si estos –dentro de una actitud activista– proceden con respeto hacia las facultades de cada órgano estatal involucrado puede facilitar el cumplimiento de los mandatos de su decisión.

Y es que, las sentencias estructurales son complejas, al tratar de remediar una problemática cuyos orígenes subyacen en el mismo aparato estatal que ha desatendido los derechos de la población de manera reiterada y sistemática, se vuelve indispensable que el tribunal conozca la causa e intente establecer mecanismos para solventarlos. Ello implicará el trabajo conjunto de distintos entes estatales, así como la erogación presupuestaria para atender las necesidades que han sido abandonadas.

En virtud de ello, es indispensable que las cortes constitucionales ejerzan una justicia constitucional dialógica en la que se permita que no solo las partes procesales participen en una fase de cumplimiento, sino también a los sectores de la sociedad que son afectados directa o indirectamente con la decisión y, de esta manera, se construya la mejor solución a la problemática planteada en el proceso de amparo.

En el caso de las políticas públicas de salud resulta de suma importancia abordar el control de constitucionalidad de forma abierta y dialógica, pues la experticia que en la mayoría de los casos requiere no puede ser suplida por el tribunal, sumado a ello, para dar cumplimiento a las órdenes emanadas del tribunal por lo general se requiere de la erogación de fondos públicos considerables. La experiencia de otras cortes constitucionales ha demostrado que la construcción de un proceso dialógico entre los sectores involucrados puede lograr garantizar de mejor manera los derechos de la población.

En las sentencias de amparo que se analizan en esta investigación la actuación de la Sala de lo Constitucional en el control de políticas públicas de salud. Se observa de manera objetiva la forma en que esta abordó la problemática que le fue planteada y si su decisión pudiera ser enmarcada como un fallo estructural y, sobre todo, si sus mandatos han logrado impactar positivamente las políticas estatales en el sector salud.

CAPÍTULO 1

POLÍTICAS PÚBLICAS Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. Las políticas públicas como fuente del derecho administrativo

1.1. Fuentes del derecho administrativo

El estudio de las fuentes del Derecho es un tema propio de la Teoría General del Derecho²; de forma simple, se puede decir que se refiere a los medios o formas que dan origen al ordenamiento jurídico³. No obstante, debido a las particularidades del Derecho Administrativo que lo distingue de otras ramas del Derecho⁴ y le exige acoplarse a la realidad cambiante que pretende regular, el análisis de las fuentes del derecho requiere de una consideración especial por parte de la doctrina.

Y es que, el derecho administrativo aparece, precisamente, cuando los juristas advirtieron que el derecho que regulaba las relaciones de la Administración Pública y los administrados no solo derivaba de las leyes, que no contenían soluciones para dirimir las controversias que suscitaban entre ellos⁵.

Además, el tema de las Fuentes del Derecho tiene una gran importancia en el Derecho Administrativo que no se refleja de igual manera que en las otras ramas del Derecho. Y es que, la Administración tiene una posición diferente a cualquier otro sujeto destinatario de las normas. En ese orden, se advierte que esta coparticipa en la función legislativa del Parlamento a través de los proyectos de ley –iniciativa de ley–; asimismo ejerce una función legislativa al elaborar normas con carácter general –Decretos Ejecutivos y Reglamentos–⁶.

Ahora bien, la doctrina ha elaborado diferentes clasificaciones para explicar las fuentes del Derecho Administrativo; una de estas es la que distingue las fuentes materiales o reales y las

² Ramón Parada, *Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo*, (Madrid, Marcial Pons, 2008), 32.

³ El término de fuente del Derecho Administrativo se refiere a los hechos y actos de los que surgen principios y normas de Derecho Administrativo que modifican la esfera jurídica de la Administración Pública y de los particulares. Manuel de María, Díez, *Manual de Derecho Administrativo I (Buenos Aires: Plus Ultra, 1977)*, 99.

⁴ Pese a que el Derecho Administrativo se diferencia con otras ramas del Derecho, ello no significa que guarde una total independencia de estas, pues comparte fines similares con ellas. *Vid.* Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo I* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998), 185.

⁵ La consolidación de esta rama del Derecho como disciplina jurídica, inicia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia, y la instauración del Consejo de Estado que permitió separar a los jueces de los asuntos administrativos y dio paso a un mecanismo de “administración-juez”, en la que la misma Administración Pública resolvía las eventuales reclamaciones efectuadas en su contra. Posteriormente, en 1872 se le reconoció al Consejo de Estado carácter de órgano jurisdiccional y así se dio paso a la concepción de una justicia delegada que derivaba del pueblo. La jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado fue elemental para que el Derecho Administrativo alcanzara su autonomía, pues construyó principios propios de esta rama del derecho propios para regular la actividad administrativa. *Vid.* Henry Alexander Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, (San Salvador: Editorial Cuscatleca, 2014), 35-42

⁶ Parada, *Concepto...*, 33.

fuentes formales. Las primeras, se refieren a los factores y elementos que inspiran el derecho y determinan su contenido, y las segundas, a las que han seguido el proceso de creación de normas jurídicas⁷.

Entre las fuentes formales está la Constitución que, como norma fundamental se ubica en la cúspide y –al mismo tiempo– en la base de todo el ordenamiento jurídico pues sus principios y valores son los que sirven como andamiaje para la construcción de todas las normas jurídicas.

Respecto al Derecho Administrativo, la Constitución como fuente de Derecho posee implicaciones importantes⁸ que en otras ramas de esta disciplina no logran trascender en igual magnitud por su misma naturaleza. Así, en la Carta Magna no solo se determina la estructura de la Administración Pública, sino también establece los principios y valores que deben inspirar el quehacer del Estado y, por ende, al Derecho Administrativo. Asimismo, la Constitución regula las competencias y atribuciones de algunos órganos que conforman la Administración, tales como la Corte de Cuenta de la República (art. 195 Cn.), el Consejo Nacional de la Judicatura (art.187 Cn.), la Fiscalía General de la República (art. 193 Cn.), etc.

Por último, la Constitución reconoce los derechos fundamentales de las personas; estos consisten en un límite en las actuaciones de la Administración Pública; asimismo, representan una finalidad, pues tal como lo establece el art. 1 Cn., la finalidad del Estado es la persona humana, lo que significa que toda la actividad estatal debe buscar garantizar y desarrollar los derechos de los individuos.

Otra fuente formal del Derecho Administrativo, que pese a ser de naturaleza normativa no siempre le es dada la relevancia que posee por parte de las autoridades administrativas, son los tratados internacionales.

Los tratados internacionales celebrados entre El Salvador y/u órganos internacionales, una vez ratificados pasan a ser parte del sistema jurídico salvadoreño. Estos pueden ser de diversa naturaleza: de derechos humanos, de integración centroamericana, de comercio, espacio aéreo, contra el combate de la delincuencia organizada, etc. De acuerdo con el objeto del tratado estos podrán influir en el quehacer de la Administración Pública, incluso podrían requerir la creación de entes que desarrollen o den seguimiento a los objetivos trazados por el tratado⁹.

La fuente formal tradicional es la ley, y es de suma importancia ya que establece la finalidad, el ámbito competencial y funciones de los entes públicos. De manera similar, el

⁷ Mejía, *Manual ...*, 78.

⁸ El Dr. Henry Mejía comenta que la Constitución como fuente del Derecho Administrativo, tiene dos implicaciones trascendentales: *i*) ser la base para la creación de entes que conforman la Administración Pública y se sustentan las institución y principios del Derecho Administrativo; y *ii*) regular las atribuciones competenciales de ciertos órganos administrativos; Ídem, 80.

⁹ Como ejemplo de ello podemos citar la Ley de Ética Gubernamental y, por tanto, al Tribunal de Ética Gubernamental, el cual posee como uno de sus objetivos darle cumplimiento a la Convención Interamericana contra la Corrupción, a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y al Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centro América. Así, dicho ente público encuentra su origen y finalidad en el cumplimiento de tratados internacionales.

reglamento contiene normas jurídicas cuya finalidad es facilitar o ejecutar la aplicación de una ley¹⁰, la creación y ordenación de órganos internos que componen un ente administrativo¹¹.

Las ordenanzas municipales, emitidas bajo la potestad normativa del Municipio –art. 204 Cn. –, también son fuentes formales del Derecho Administrativo. Estas permiten regular y administrar dentro de una circunscripción territorial determinada, materias que son de su competencia de conformidad a la Constitución y al Código Municipal.

Luego de la brevísima reseña de las fuentes normativas, es preciso acotar ciertos aspectos relacionados a las fuentes no formales o subsidiarias.

Entre las fuentes subsidiarias no normativas están la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, el precedente administrativo, los instructivos o circulares y los principios generales del Derecho.

La costumbre consiste en una norma no escrita que deriva de un comportamiento constante y uniforme con la idea de que surge de una obligación jurídica¹². Algunas de sus características son: *i*) su naturaleza jurídica, es decir, no son meros usos sociales o de cortesía; *ii*) son creadas por grupos sociales distintos a los entes estatales con potestad legislativa; y *iii*) es una fuente supletoria por lo que no contradice la ley, más bien, llena los vacíos normativos¹³.

La jurisprudencia cumple una función explicativa, supletoria, diferencial y renovadora¹⁴. Así, ante una ley oscura, los órganos judiciales realizan una tarea aclaratoria que fija el alcance de esta. Es supletoria porque solo frente a la imposibilidad de prevención por parte del legislador, los jueces dan soluciones a los casos particulares que la ley no ha previsto. Asimismo, su papel renovador deviene de la posibilidad de prolongar la vigencia de la norma, a través de su flexibilización y adecuación en el transcurso del tiempo.

En cuanto a la doctrina como fuente del derecho administrativo, si bien es cierto que no posee un carácter vinculante, la opinión de los estudiosos de esta rama del derecho influye en los aplicadores de la ley, así como al legislador en sus respectivas labores.

El precedente administrativo se cuestiona si consiste en una fuente indirecta del derecho administrativo o si únicamente obedece a la aplicación de los principios de igualdad y seguridad jurídica. Y es que, este consiste en la aplicación de un criterio ya establecido mediante un acto administrativo emanado de la misma autoridad en casos semejantes¹⁵. En tal sentido, a diferencia de la costumbre administrativa, además de que el precedente administrativo surge de la voluntad

¹⁰ Los Reglamentos de ejecución vuelven operativas las disposiciones de una ley, lo que implica que requieren como un requisito previo la existencia de una ley que necesita para su materialización de disposiciones que regulen requisitos, procedimientos, aspectos técnicos, etc.

¹¹ Los reglamentos de organización u organizativos también dependen de la existencia de una ley, pero su finalidad es determinar la estructura de los órganos públicos, sus competencias internas. Estos reglamentos establecen la forma en que la Administración se relaciona con sus integrantes, es decir, con las personas u órganos que la conforman.

¹² Manuel María Diez, *Manual de Derecho Administrativo, Tomo I*, (Buenos Aires: Plus Ultra, 1977), 122.

¹³ Ricardo Mena Guerra, *Una aproximación a las fuentes del Derecho Administrativo*; <http://iuspublik.com.sv/wp-content/uploads/2019/03/Una-aproximacio%CC%81n-a-las-fuentes-en-el-derecho-administrativo.pdf>

¹⁴ Manuel María Diez, *Manual de Derecho Administrativo, Tomo I*, (Buenos Aires: Plus Ultra, 1977), 125.

¹⁵ Mejía, *Manual ...*, 101.

de la Administración y no de la sociedad, este únicamente requiere que exista una resolución previa para que la *ratio decidendi* sea aplicable en casos futuros similares.

De conformidad al art. 3 n° 7 de la LPA, uno de los principios generales que debe guiar la actividad administrativa es el de coherencia, el cual exige que las actuaciones administrativas sean congruentes con los antecedentes administrativos, "... salvo que por las razones que se expliciten por escrito y se motiven adecuadamente, sea pertinente en algún caso apartarse de ellos".

En ese orden, el precedente administrativo "tiene cierta aptitud para condicionar las actuaciones presentes de la Administración"¹⁶, pero ello no significa que el administrado tiene derecho adquirido al mantenimiento perpetuo del criterio administrativo, pues la autoridad está llamada a analizar cada caso en concreto y motivar su decisión, ya sea conservando el criterio o apartándose de él.

Ahora bien, para que el precedente administrativo sea fuente del derecho administrativo, debe cumplir dos requisitos: *i*) la identidad objetiva, es decir que las situaciones o supuestos fácticos a resolver deben ser semejantes; y *ii*) la identidad subjetiva, lo que implica que el precedente que se invoca debe provenir de la misma autoridad pública que ha de resolver.¹⁷

Los principios generales del Derecho sirven para solucionar situaciones complejas que no estén previstas en las normas positivas. En ese orden, estos principios son fuente subsidiaria para el caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre cuando la controversia no pueda resolverse mediante su aplicación¹⁸. A diferencia del derecho positivo, los principios son más flexibles y se moldean según su relevancia para el caso en concreto; es decir, sirven como directrices para los operadores.

Los instructivos y circulares forman parte de la normativa interna de la Administración, emitida por el órgano superior para que sea acatada por los inferiores dependientes. De tal manera que su vocación es doméstica pues su finalidad es regular las actuaciones internas de los servidores públicos¹⁹.

1.2 Las políticas públicas como fuente del Derecho Administrativo.

Las fuentes brevemente abordadas en el apartado anterior son desarrolladas por los diferentes tratadistas del derecho administrativo, ya sean directas o subsidiarias, normativas o no formales. Sin embargo, no existen estudios desarrollados en los que se analice si las políticas públicas consisten en una fuente para esta rama del derecho.

La presente investigación no se centra en determinar de forma exhaustiva si las políticas públicas reúnen las características para ser consideradas como fuente del derecho administrativo.

¹⁶ Miriam M. Ivanega, "Principios del procedimiento administrativo general", en Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos, Directores Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Henry Alexander Mejía, (San Salvador: Editorial Cuscatleca, 2019), 141.

¹⁷ Mejía, *Manual ...*, 102.

¹⁸ Díez, *Manual ...*, 119.

¹⁹ Ricardo Mena Guerra, *Una aproximación a las fuentes del Derecho Administrativo*; <http://iuspublik.com.sv/wp-content/uploads/2019/03/Una-aproximacio%CC%81n-a-las-fuentes-en-el-derecho-administrativo.pdf> pp 113.

Sin embargo, es importante esbozar algunas ideas y sentar una postura que permita un mejor abordaje de la temática de la investigación.

De acuerdo con el maestro Marienhoff para que un hecho o acto pueda ser considerado como fuente del derecho, es necesario verificar su “substantividad”, antes de exigir su “normatividad” o “imperatividad”²⁰. Es decir, será la esencia de su contenido la que demuestre si posee aptitud para servir como criterio orientador para la creación de normas²¹.

Si bien es cierto que la acotación hecha por Marienhoff hace referencia a las fuentes no normativas, el criterio de la substantividad resulta útil para plantearse si las políticas públicas pueden ser calificadas como una fuente de derecho administrativo.

Desde un enfoque tradicional y simple, las políticas públicas corresponden “... al programa de acción de una autoridad pública o al resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad”²².

Estos programas de acción requieren de la esquematización de diversos planes que, a su vez, necesitan de la sistematización de procedimientos que pueden involucrar a varios entes públicos o incluso requerir la creación de nuevas entidades, a las cuales habrá que precisar sus competencias y funciones. Todo ello se logra a través de normas jurídicas que servirán para dar forma y fundamento a la política pública.

El quehacer de la Administración Pública debe guiarse por el principio de legalidad, por lo que es necesario determinar previamente el marco jurídico que permitirá actuar a los entes que se encargarán de ejecutar la política pública, fijando atribuciones, procedimientos internos y externos a seguir para alcanzar los fines trazados, sus límites, obligaciones, etc.

Ahora bien, todos los aspectos mencionados tendrán que estar hilvanados para lograr la concretización de la política pública diseñada; ese hilo conductor entre ellos serán los objetivos y finalidad del programa. Es decir, la esencia del contenido de la política pública debe ser la fuente inspiradora para su propia regulación; solo al tener su núcleo como marco referencial se puede concebir una normativa que permita su implementación de forma eficaz y eficiente.

En tal sentido, se advierte que existe relación entre las políticas públicas y el derecho administrativo, pues aquellas requieren de un andamiaje legal que las sostenga y viabilice, pero a su vez, sirven como guía para que se legisle conforme a sus propósitos, es decir, que las normas coadyuven a su implementación dentro de los límites permitidos por la Constitución y la ley.

²⁰ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, (Buenos Aires: Perrot, 1965), 210.

²¹ En la doctrina se habla de fuentes del Derecho en sentido formal y sentido material. El primer criterio hace referencia a todo acto autorizado para producir normas, sea cual fuere su contenido; el segundo, se refiere a todo acto que produzca normas sin importar cual sea su denominación, su procedimiento de formación o el órgano del cual emane. Ambas posturas se centran en señalar a los “actos” como fuente del derecho, ignorando los “hechos” que también crean derecho. *Vid.* Marcos Antonio Vela Ávalos, “Breves apuntes sobre Constitución y Fuentes de Derecho”, *Ley. Derecho. Jurisprudencia*, n°21 (2020): 149-159

²² Eugenio Parada Lahera, *Introducción a las políticas públicas (Chile: Fondo de la Cultura Económica, 2002)*, 10.

Así, por ejemplo, para la echar a andar la política pública del Programa de Ciudad Mujer implementado por el gobierno salvadoreño en el período 2009 al 2014 y con seguimiento de 2014 al 2019, se diseñó un plan denominado “Ciudad Mujer. Nuevo Modelo de Gestión Pública para la Igualdad y la Paz”, en este se describen los principios que lo regirían: equidad de género, enfoque de derechos, integralidad de los servicios y proyección territorial¹²³. Asimismo, prevé la participación de aproximadamente quince instituciones públicas de manera directa y cinco indirectas, algunas de estas forman parte del Órgano Judicial y del Ministerio Público. En ese orden, para implementar Ciudad Mujer, fue necesario la firma de convenios interinstitucionales en los que se determinara el ámbito de competencia de cada ente, las relaciones laborales entre los servidores que provenían de dichas instituciones y la Secretaria de Inclusión, los procedimientos que se seguirían, etc. Todo ello, debió ceñirse a los principios que guían la política pública.

En conclusión, es posible sostener que la política pública es una fuente del Derecho Administrativo ya que su implementación necesita de un marco jurídico que necesariamente tendrá que inspirarse en ella para poder lograr su materialización de forma eficiente, caso contrario, la legislación entorpecería los objetivos de la política pública convirtiéndose en meros formalismos burocráticos que cumplir.

2. Aproximaciones conceptuales de las políticas públicas

El interés de estudiar las políticas públicas –“*policy analysis*”– surgió en la década de los 90’s. A partir de este período se dejó atrás el enfoque centralizado en el Estado como ente, y se pasó a analizar su actividad y los actores que intervienen en el proceso de definición, decisión e implementación de una política pública²⁴.

En sentido similar, Lahera Parada menciona que el concepto tradicional de política pública asignaba un papel centralizado en el Estado, como si las autoridades políticas y administrativas tuvieran una posición excluyente en el tratamiento de los problemas públicos²⁵, cuando lo cierto es que la sociedad tiene múltiples formas de resolver sus conflictos colectivos. Así, se evidencia un cambio en el enfoque de las políticas públicas, de hacer hincapié en la administración, hacia la gestión y las políticas públicas.

Ahora bien, de acuerdo con André Roth para comprender el término “política pública” es preciso aclarar la dificultad semántica que existe en castellano con el término “política”. Existen al menos tres acepciones a esta misma palabra que en el idioma inglés se distinguen.

El primero, entiende por política el ámbito del gobierno que rige a las sociedades, estaría comprendido en la palabra “*polity*”. El segundo significado se refiere a la actividad de organización y lucha por el control del poder que se traduciría como “*politics*” en inglés. Finalmente, la política

²³ Secretaria de Inclusión Social, Ciudad Mujer. *Nuevo modelo de gestión pública para la igualdad y la paz*, (Impresos Múltiples, 2015), 51 – 54

²⁴ Los estudios dejaron de plantearse la interrogante: “quién y cómo gobierna?” y sustituyeron por “¿cómo y quién elabora e implementa una política pública?” La actividad estatal se convierte en una variable independiente sujeta a estudio, a diferencia de la postura tradicional, en la que se entendía que las políticas públicas eran las decisiones que tomaban los gobernantes para la solución de un problema en particular, con el fin de legitimar su poder ante los gobernados. André-Noël Roth Deubel, *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación* (Bogotá: Ediciones Aurora, 2009), 15.

²⁵ Eugenio Parada Lahera, *Introducción a las políticas públicas (Chile: Fondo de la Cultura Económica, 2002)*, 10.

como designación de propósitos y programas de las autoridades públicas, “policy” en inglés²⁶. Esta última es el sentido al que se hará referencia con el término “políticas públicas”.

La expresión “políticas públicas” se relaciona con el conjunto de actividades, decisiones o medidas diseñadas y ocasionalmente ejecutadas directamente por el Estado, mediante las cuales se pretende intervenir en determinadas situaciones previamente identificadas –que por lo general corresponden a circunstancias socialmente percibidas como problemáticas– con el fin de mitigar o corregirlas²⁷.

Las políticas públicas se definen²⁸ como una estrategia trazada por el Estado en la que ejecuta un conjunto de acciones sucesivas articuladas y coordinadas entre varios actores con el fin de alcanzar objetivos colectivos previamente determinados que están relacionados con la solución o mitigación de situaciones socialmente relevantes²⁹.

Otra definición señala que se trata del conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios³⁰.

Según el Banco Interamericano de Desarrollo, las políticas públicas son el conjunto de decisiones que se traducen en acciones, estratégicamente seleccionadas (dentro de un conjunto de alternativas, conforme a una jerarquía de valores y preferencia de los interesados). Su dimensión es pública por el tamaño del agregado social sobre el cual coinciden, pero sobre todo por su carácter imperativo, siendo este revestido de la autoridad legítima y soberana del poder público³¹.

De las múltiples definiciones construidas por los expertos, es posible extraer ciertos rasgos comunes que definen la esencia de una política pública: *i*) buscan resolver problemas que han sido identificados; *ii*) las decisiones implican conflicto; *iii*) se discute el problema pero más aún, la manera de abordarlo; *iv*) participan distintos actores; *v*) es un proceso; *vi*) no se desplaza al gobierno sino que se legitima; *vii*) la población afectada se involucra en la solución; y *viii*) es un ciclo y no una secuencia lineal³².

En ese orden, no toda decisión tomada por la Administración Pública puede calificarse como una política pública, pues como se advierte de las aproximaciones anotadas y sus elementos

²⁶ André-Nöel Roth Deubel, *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación* (Bogotá: Ediciones Aurora, 2009), 26.

²⁷ Fernando Quinche Ramírez y Juan Camilo Rivera-Rugeles; “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de derechos humanos”, *Vniversitas* 59.121 (2010): 118

²⁸ Roth las define como “un conjunto conformado por uno o varios colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por al menos, una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática” Roth, *Políticas Públicas...*, 27.

²⁹ Alfonso Renato Vargas Murillo, “Reflexiones acerca de la relación entre justicia constitucional y formulación de políticas públicas con enfoque basado en derechos humanos”; *Revista Lex*, N° 24 – año XVII (2019):52.

³⁰ Rafael Bañón y Ernesto Castillo, comps., “El análisis de las políticas públicas. La nueva administración pública”, (Madrid: Alianza editorial, 1997) https://politicas.typepad.com/files/tamayo_el-analisis.pdf

³¹ Carlos Ricardo Aguilar Astorga y Marco Antonio Lima Facio, “¿Qué son y para qué sirven las Políticas Públicas?”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (septiembre 2009) 8. www.eumed.net/rev/cccss/05/aalf.htm

³² Ídem, 10

comunes, se requiere de un grado de planificación donde se visualice una problemática, se fijen objetivos y las acciones necesarias para alcanzarlos, así como los actores que serán responsables de ejecutarlas.

Al respecto, Roth señala cuatro elementos que ayudan a identificar cuándo se está frente a una política pública: *i)* la identificación de situaciones en las cuales se pretende intervenir, bien sea porque se trata de eventos considerados como problemáticos, o bien porque existen intereses políticos que exigen que así se haga; *ii)* la definición de objetivos que guiarán la intervención en las situaciones previamente identificadas; *iii)* la creación y el diseño de programas, acciones o medidas que tengan como propósito la consecución de los objetivos trazados con anterioridad, y *iv)* todo ello, contando con la participación del Estado, bien sea esta directa o indirecta³³.

2.1 Ciclo de las Políticas Públicas

Tal como se señaló en el apartado anterior, una de las características que definen a las políticas públicas es su naturaleza cíclica. Es decir, estas no se estructuran dentro de un proceso lineal, sino que operan en un ciclo conformado por distintas fases. Este proceso no debe verse a la ligera, pues tiene un fuerte impacto en la calidad de las políticas públicas, en la creación de un entorno estable para su ejecución y adaptación a las circunstancias cambiantes que puedan plantearse³⁴.

El *policy cycle* propone una descomposición de la política pública en una serie de etapas. Los estudiosos de las políticas públicas han diseñado diferentes esquemas para el análisis de las fases del ciclo de las políticas públicas. Sin embargo, todos coinciden en señalar “fases” que hacen referencia a cada uno de los distintos estados sucesivos del proceso de las políticas públicas; es decir, se trata de pasos sistematizados con una secuencia lógica.

Uno de estos esquemas es el diseñado por Roth, quien plantea un ciclo de cinco fases en el desarrollo de una política pública: identificación de un problema, formulación de soluciones, toma de decisión, implementación y evaluación³⁵.

Bardach presenta un modelo que explica en ocho pasos el proceso de formulación de las políticas públicas: *i)* definición del problema, *ii)* obtención de información; *iii)* construcción de alternativas; *iv)* selección de criterios; *v)* proyección de los resultados; *vi)* confrontación de costos; *vii)* decisión; y *viii)* contar la historia (informe)³⁶. La secuencia de estos pasos puede variar y no todos resultaran necesarios para cada situación particular. Sin embargo, señala que la etapa que no puede obviarse por ser de suma importancia es la definición del problema, pues este será el punto de partida y el que cierre el ciclo.

³³ Fernando Quinche Ramírez y Juan Camilo Rivera-Rugeles; “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de derechos humanos”, *Vniversitas* 59.121 (2010): 117.

³⁴ Ernesto Stein, et al, “*La política de las políticas públicas. Progreso social y económico en América latina*” (BID: 2006), 7

³⁵ Roth, *Políticas Públicas...*, 49.

³⁶ Eugene Bardach, “*Los ocho pasos para el análisis de las políticas públicas. Un manual para la práctica*” (México: Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2001), 14.

Aguilar Astorga y Lima Facio proponen un esquema de cuatro grandes fases: la gestación, la formulación, la implementación y la evaluación, cada una de ellas se dividen en subfases³⁷.

2.1.1 Fase de Gestación.

En la fase de gestación –identificación del problema– se advierte la existencia de un problema. Esta problemática debe tener trascendencia pública. Ahora bien, debido a que el gobierno tiene recursos limitados –monetarios, temporales, de personal, etc.–, la elección entre los distintos problemas públicos para la consideración gubernamental implica un conflicto, pues necesariamente muchas problemáticas quedarán sin recibir atención.

Los actores políticos y sociales –v.gr. los partidos políticos, sindicatos, gremiales, etc.– exponen sus problemas, requieren la acción pública para su solución y buscan que se incluya en la agenda³⁸ del sistema político –*agenda setting*–. Las autoridades deben plantearse cuál de los problemas existentes es más importante entre todos los que se les plantee; esta elección es lo que se le denomina “agenda de gobierno”³⁹ y es la subfase que une la etapa de gestación con la formulación de la política.

Ahora bien, para que una problemática ingrese en la agenda política debe haber un reconocimiento de esa realidad como una situación problemática, para ello, los expertos hablan sobre la “representación del problema” la cual no obedece siempre a criterios objetivos pues se trata de una representación social y política⁴⁰. Es “... una construcción que resulta del conjunto de luchas que los actores sociales y políticos libran para imponer una lectura de un problema que sea la más ventajosa posible para sus intereses”⁴¹.

Se observa que el proceso de introducir una situación problemática a la agenda conlleva controversia entre varios grupos con distintas ideologías e intereses. Aun cuando el proceso no siempre se materializa de igual forma, pues ello dependerá de los actores involucrados, sus recursos y estrategias, los teóricos han propuesto modelos o tipologías de los procesos de inscripción en la agenda. Estos no se presentan de manera “pura” en la realidad, pero permiten comprender en qué consisten estos procedimientos conflictivos.

³⁷ Carlos Ricardo Aguilar Astorga y Marco Antonio Lima Facio, “¿Qué son y para qué sirven las Políticas Públicas?”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (septiembre 2009) 18.

³⁸ El término “agenda” se refiere a a aquellas cuestiones que demandan la atención de la ciudadanía y que se debaten en la “esfera pública”, contrastando intereses, aspiraciones, percepciones y evaluaciones y generando demandas sobre la acción estatal. Roberto Martínez Nogueira, *Análisis de Políticas Públicas*, (1997) 23.

³⁹ Según Roth, se le denomina “agenda” al conjunto de problemas percibidos que necesitan un debate público, o incluso la intervención (activa) de las autoridades públicas legítimas. Roth, *Políticas Públicas...*, 57.

⁴⁰ Pese que la definición de un problema tiene una connotación altamente política, ello no significa que no debe realizarse un esfuerzo para definir de manera objetiva las problemáticas que surgen en la sociedad. Roth sostiene que este aspecto debería ser asumido como un reto por parte de la academia y plantea como un esfuerzo preliminar una serie de preguntas que permitiría comprender el funcionamiento del problema, facilitaría la identificación de los actores involucrados e investigar las lógicas del comportamiento de estos. Así, es importante cuestionarse sobre las causas que originaron el problema, su duración, su dinámica, las personas afectadas y sus consecuencias. André- Roth, *Políticas Públicas...*, 60.

⁴¹ Ídem, 58.

Estos modelos combinan variables y actores, que aun cuando generalmente tienen alguna actuación en la mayoría de los casos, unos llegan a dominar más que otros. De manera que, los modelos presentados privilegian a un agente motor entre el resto por ser el que incide mayoritariamente en la inclusión de la problemática. Estos modelos son: el de la movilización, de la oferta política, de la mediatización, de la anticipación y de la acción corporativista silenciosa.

El modelo de la movilización responde a la visión clásica de la democracia, pues son los actores sociales quienes impulsan una causa y movilizan a la ciudadanía para la promoción o defensa de esta. Aquí la atención de las autoridades se obtiene a través de una demanda social “fuerte” y la mediatización que sirve para ampliar la audiencia y aumentar legitimidad. Se suelen convocar a grandes eventos –huelgas, marchas, etc.– para llamar la atención y lograr colocarse en la agenda política.

En el modelo de la oferta política, a diferencia del anterior en el que el problema es planteado desde las “bases sociales”, la problemática es propuesta por una organización política con el fin de ganar apoyo o electores. Por lo general, esta estrategia es utilizada por los partidos políticos de oposición que buscan crear demanda social, criticando al oponente y creando simpatía al verse como entes activos respecto al problema.

El tercer modelo es el de la mediatización, aquí se trata de crear una demanda social para que las autoridades actúen sobre un tema. Los medios masivos de comunicación crean o maximizan una situación mediante la presentación de manera discrecional –u ocultando– de información, de esta forma logran condicionar y presionar al gobierno para que se ocupe de un determinado problema, sin que haya realmente una demanda social inicial⁴². Esta estrategia tiene el defecto de depender del interés de los destinatarios de la información, pues si el “rating” cae, los medios de comunicación la abandonarán.

El modelo de la anticipación es descrito por Roth como la antítesis al de la movilización⁴³ pues en este caso son las autoridades las que deciden agendar una situación al advertir su naturaleza problemática. Aquí, la administración se adelanta con base a su capacidad técnica de anticipar los problemas, los detecta y diseña estrategias de prevención y/o mitigación. Este modelo de inclusión es el que se esperaría por parte de una buena administración, que utilice sus recursos para evitar o minimizar los problemas sociales que podrían suscitarse. Ejemplo de ellos serían las campañas de vacunación y la mitigación de riesgos por desastres naturales.

Por último, el modelo de acción corporativista silenciosa, desde la perspectiva de democracia es el menos legítimo, pues en este solo logran el acceso a la agenda política algunos grupos organizados privilegiados por su posición o poder que les permiten ejercer influencia directa en las autoridades públicas. Por lo general, estos grupos no buscan publicidad de su problema pues evitan la controversia y el debate social entorno a ello.

Las autoridades pueden reconocer y legitimar la existencia del problema incluyéndolo en la agenda política, o bien lo pueden rechazar. Ahora bien, el hecho de que la problemática haya

⁴² Roth advierte que los estrechos lazos existentes entre los medios de comunicación y las organizaciones políticas explican el carácter parcializado o manipulada de la información. Además, para los medios, las notas amarillistas o sensacionalistas ayudan a ganar rating. Roth, *Políticas Públicas...*, 66.

⁴³ Ídem, 67.

sido reconocida, no significa automáticamente que los actores políticos puedan o deseen solucionarlo, estos podrían utilizar estrategias que busquen limitar el impacto de la inclusión del problema en la agenda, dar respuestas simbólicas, invocar elementos de fuerza mayor que impiden atender la problemática en ese momento, etc.⁴⁴

2.1.2 Formulación

Una vez se ha introducido la problemática a la agenda sigue la fase de formulación de soluciones, donde se discute la alternativa que se adoptará para corregir el problema, considerando las capacidades técnicas, financieras, temporales y humanas con las que se cuentan. Esta fase se divide en dos etapas fundamentales: la formulación de soluciones y la legitimación de una solución.

El conflicto continuará pues los actores políticos defenderán sus intereses y plantearán una respuesta a la problemática que más se ajuste a estos. Así, poco a poco unas propuestas predominarán sobre otras⁴⁵ y mediante un proceso de selección las alternativas se reducirán hasta que una sola termina imponiéndose como la mejor o la más factible.

Finalmente, una vez ha sido elegida una respuesta a la problemática, se definen las reglas generales de su abordaje que, por lo general, mediante un procedimiento legal. Posteriormente, un actor específico –el parlamento, el Presidente de la República, el gobierno local– toma la decisión mediante un acto simbólico –v.gr. la aprobación de una ley– que la legitima.

2.1.3. Implementación de soluciones.

La implementación es la puesta en práctica del diseño elegido para abordar el problema. Esta fase, aun cuando parezca ser estrictamente administrativa, donde únicamente pueden surgir problemas técnicos de simple ejecución, lo cierto es que es una etapa compleja; es en este momento en que la política pública deja de ser un discurso y se transforma en hechos –o al menos pretende hacerlo–.

Tal es la importancia de esta etapa que muchos de los estudios de las políticas públicas se originaron al analizar su desarrollo. Y es que, podría llegar a constatarse que, pese a las decisiones tomadas para remediar problemas concretos, estos no se resuelven más bien, en algunos casos, hasta empeoran. A esta disparidad se le denomina “implementation gap”, es decir la brecha entre la decisión y la realidad de su aplicación o en otras palabras la diferencia que separa la teoría de la práctica⁴⁶.

Entonces, cabe cuestionarse sobre las razones por las que falla la implementación del diseño que se escogió cuando la elección fue el resultado de un procedimiento minucioso de descarte entre tantas posibles soluciones y que finalmente se optó por la decisión más eficiente o

⁴⁴ Ídem, 69.

⁴⁵ Idealmente en esta fase debería existir un análisis del problema, en el que se planteen argumentos y contra argumentos, se expongan propuestas y se indaguen objetivamente las consecuencias de estas. Sin embargo, en este procedimiento surge una actividad política en la cual entran en conflicto los distintos actores, quienes amenazan, buscan alianzas, negocian acuerdos, efectúan propaganda, etc.

⁴⁶ Roth, *Políticas Públicas...*, 107.

viable. No obstante, es preciso considerar que la variabilidad en la política: los escenarios, actores e intereses se modifican en el tiempo, por lo que el diseño por el que se optó se desajusta⁴⁷.

Los actores que no lograron incidir en la agenda o en la toma de la decisión, buscarán recuperar poder en la fase de implementación, lo que la volverá más compleja⁴⁸.

Aunado a lo anterior, es preciso acotar que la administración pública no es neutral, no siempre se mueve por criterios técnicos, impersonales, de competencia y legalidad. La “neutralidad” es más una cuestión idealista, una finalidad a la que debe siempre aspirar; sin embargo, no se puede ignorar que las políticas públicas están diseñadas, decididas e implementadas por personas, que las perciben de manera positiva o negativa.

No obstante, lo señalado, los estudiosos del tema han observado la ejecución de las políticas públicas y han propuesto varios enfoques que tienden a desarrollarse como modelos de implementación. Estos se han clasificados en dos grandes categorías de acuerdo a la concepción utilizada para su realización práctica.

La primera concepción es la llamada “*top down*”, que corresponde a la concepción tradicional del trabajo administrativo que se desarrolla de “arriba hacia abajo” o del centro hacia la periferia. Este enfoque tiene como postulado principal la primacía jerárquica y su finalidad ulterior es la eficacia y asume una separación entre la etapa política –de formulación– con la fase de implementación que sería fundamentalmente técnica.

Es decir, las autoridades políticas son las que deciden la política pública y fijan los lineamientos para que el personal técnico de la Administración Pública los ejecute.

Es por ello, que en este enfoque la Administración Pública, es el elemento clave en la implementación pues su naturaleza jerárquica e inclusive centralizada –bajo un esquema de pirámide organizada–, permite que las ordenes emanadas de las autoridades sean obedecidas progresivamente, hasta llegar a los ejecutores que actúan en la base. Los funcionarios deben comportarse satisfaciendo el interés general, con neutralidad política y profesionalismo⁴⁹.

La segunda concepción es la denominada “*bottom up*”, es decir de abajo hacia arriba. Estos modelos se consideran críticos al enfoque tradicional y buscan construir la política pública desde donde existe el problema, con reglas, procedimientos y estructuras organizativas, en un proceso ascendente, o por retroceso, en vez de descendente.

Roth señala que las dos concepciones de implementación de una política pública reflejan la controversia entre el grupo que sostiene que el control, la planeación, jerarquía y la

⁴⁷ Carlos Ricardo Aguilar Astorga y Marco Antonio Lima Facio, “¿Qué son y para qué sirven las Políticas Públicas?”, Contribuciones a las Ciencias Sociales, (septiembre 2009) 19.

⁴⁸ La implementación implica un juego de poder, pues existen múltiples actores y todos desean tener cierto control. Es común que en esta fase se observe prácticas no deseadas como: desvío de dinero, distorsión de objetivos, resistencia por parte de algunos y la búsqueda del control absoluto por parte de otros. Aguilar, “¿Qué son y para qué sirven?”, 19.

⁴⁹ Mauricio Olavarría Gambi, "Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas." (2007), 79.

responsabilidad son la mejor estrategia para cumplir con los objetivos y los que consideran que la espontaneidad, en la capacidad de aprendizaje, en la adaptación y concertación⁵⁰.

Este último reconoce que los objetivos asignados a las políticas públicas no se presentan con claridad en la realidad, como lo asume el enfoque de arriba-abajo, que pueden existir contradicciones entre órganos públicos, conflictos en los fines que persiguen las autoridades involucradas, así como intereses particulares de los funcionarios.

En síntesis, el enfoque señala que el resultado no sólo depende de la decisión, objetivos, recursos, comunicaciones y condiciones ambientales, sino que también de otros factores no previstos o que no están a disposición de los que deciden⁵¹.

Además de estos modelos de implementación, los estudiosos de la materia han ideado otros que no sólo involucran a la administración pública. Así, el denominado “*policy network*” o red de la política pública se refiere al entramado de relaciones que se construyen entre los formuladores, ejecutores, organismos públicos, usuarios y comunidad.

Esta visión se contrapone al enfoque arriba – abajo, pues la implementación no solo se deja a una agencia del gobierno, sino que se vuelve más compleja a medida que involucra diversos actores, por un lado, estarán los diferentes organismos públicos en los diversos niveles de gobierno –nacional, local, etc.– y, por otro, es común encontrar organizaciones de la sociedad civil que toman un papel de grupos de presión.

En tal sentido, cada red o comunidad de la política pública varía dependiendo de la naturaleza de la política a implementar pues los intereses y expectativas de los actores involucrados serán distintos y su incidencia dependerá de la ubicación que ocupen dentro de la red, de la función que realicen, su relación con los usuarios, su ubicación territorial, la proximidad al núcleo central de la política y su relación con las elites político – administrativas⁵².

En ese orden, se establecen lazos de interdependencia que pueden clasificarse en verticales y horizontales. Los primeros se refieren a los vínculos administrativos, reglamentarios y organizacionales, es decir, son los que definen las responsabilidades, la distribución de beneficios y servicios. Las segundas, se construyen en un juego de intereses, conflicto y compromisos entre los diferentes actores.

En definitiva, el concepto de red en la implementación de las políticas públicas permite una visión del conjunto de relaciones que se construyen, de sus actores y cómo éstos se ubican en ese tejido. Así, la política ya no es una cuestión que solo depende de una autoridad, sino que involucra a diferentes sujetos que provienen de distintos ámbitos de la sociedad.

⁵⁰ Roth, *Políticas Públicas...*, 110.

⁵¹ Mauricio Olavarría Gambi, *Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas*, (2007) 81.

⁵² Ídem, 83.

2.1.4 Evaluación

La fase de evaluación busca conocer, explicar y valorar mediante la aplicación de un método sistemático, el nivel de logros alcanzados por la política pública implementada y aportar elementos al proceso de toma de decisiones para mejorar los efectos de la actividad evaluada⁵³, por ello se dice que el proceso de las políticas públicas es cíclico, ya que su última fase se convertirá en el insumo para la toma de decisiones futuras.

En tal sentido, su importancia se observa en distintos planos, así permitirá determinar el logro de las metas previamente fijadas a través de la cuantificación de los productos y resultados, lo que posibilitará la medición de la eficacia y efectividad de las acciones realizadas⁵⁴. Asimismo, coadyuva a la transparencia y al control social⁵⁵ y al perfeccionamiento constante de la gestión pública al brindar elementos para que las políticas sean fortalecidas.

Es importante acotar que en el análisis de las políticas públicas el significado de “resultado” no equivale a “impacto”. El primero hace referencia a las metas cuantificables que han sido alcanzadas por las políticas generalmente estas se miden a través de indicadores cuantitativos – *v.gr.* casas construidas, número de personas favorecidas con un subsidio, número de vacunas suministradas, etc.–.

En cambio, el impacto está vinculado a los efectos más permanentes y amplios generados por la aplicación de la política pública. Es decir, la medición del impacto busca determinar cómo cambió la realidad a causa de la política, si se incrementó el bienestar en las personas que recibieron los supuestos beneficios de esta –ya sean bienes o servicios–, entre otros.

Ahora bien, debido a que la política pública es la intervención estatal para resolver o menguar una situación que ha sido considerada como problemática, es importante valorar si ha logrado satisfacer algunos intereses, aunque ello haya implicado haber desatendido otros debido al conflicto interno que implica todo el ciclo de las políticas públicas. No obstante, una política pública se calificará de exitosa si logra alcanzar sus objetivos de manera eficiente y eficaz, de lo contrario será fallida o inefectiva.

Algunos expertos señalan algunas razones por las que las políticas públicas no logran alcanzar sus objetivos pese a que pasaron por todo el ciclo de formulación y creación antes referido. Entre algunas de estas causas está la inadecuada formulación que está vinculada a las primeras fases del ciclo, evidenciando una falta de correspondencia entre la política implementada y el problema que se buscaba abordar. También puede ocurrir que la política pública, aunque su diseño haya sido el adecuada, resultó ser insuficiente, ya sea en recursos, o debido a que la magnitud del problema resultó ser mayor a lo inicialmente previsto.

Otro factor que puede incidir negativamente es cuando el comportamiento de los actores claves “está fuera de marco”, es decir que los usuarios o ejecutores relevantes no se comportan de

⁵³ Mauricio Olavarría Gambi, “*Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas*”, (2007), 85.

⁵⁴ Ídem, 86.

⁵⁵ Olavarría Gambi señala que la transparencia y control social son presupuestos de del sistema democrático y permiten recuperar la noción de lo “público” entendido como la esfera de interés común. Ídem, 86

acuerdo a lo previsto en el diseño para lograr el éxito de la política. Por último, están los cambios en las circunstancias que originaron la política; las circunstancias en las que se implementó no son las que se previeron en el diseño y al momento de tomar la decisión.

En conclusión, el ciclo de las políticas públicas es de suma importancia para procurar el éxito de estas; la omisión de alguna de estas podría tener como resultado un diseño equívoco, alejado de la realidad a la que intentará impactar. Si bien es cierto que el proceso de creación de políticas públicas tiene una connotación altamente “política”, es importante incorporar otros agentes de la sociedad, como es el caso de los actores de la sociedad, pues ello permitiría su democratización a través de la participación y fiscalización ciudadana.

2.2. Régimen político y actores en la creación e implementación de las políticas públicas.

La formulación de políticas es un proceso dinámico entre distintos actores que interactúan entre sí. Algunos de ellos tienen funciones constitucionalmente determinadas en este proceso, otros asumen posturas menos definidas, pero con gran incidencia en cada una de las etapas de este. Así, entre los primeros se ubican el Presidente de la República, el congreso, los partidos políticos, los gobiernos locales, el Consejo de Ministros y el Órgano Judicial; en los segundos, se pueden enlistar distintos sectores que componen la sociedad civil como son los sindicatos, la iglesia, medios de comunicación, los tanques de pensamiento, las universidades, etc.

Los partidos políticos, el cuerpo legislativo y el Presidente son los actores con un papel más predominante en las etapas de formulación, adopción e implementación de las políticas públicas. “La naturaleza del sistema de partidos políticos, la estructura y el funcionamiento de las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo y las limitaciones e incentivos que encaran los presidentes pueden combinarse e interactuar entre sí para crear un entorno favorable al diseño eficaz de políticas, o uno de corto plazo y favorecedor de intereses particulares”⁵⁶.

En cuanto al Presidente resulta lógico sostener que un mandatario con amplias facultades partidistas y constitucionales poseen un mayor grado de libertad para definir y aplicar políticas públicas. Entre las facultades legislativas constitucionales que le permiten opciones estratégicas están las de emitir decretos y decidir cuestiones presupuestarias ya que permite a los presidentes tener maniobra para negociar en el programa legislativo; asimismo, están las potestades no legislativas, como las de nombrar funcionarios del gabinete y otras instituciones públicas que posibilitan la materialización del gobierno en la formulación de políticas.

Por otra parte, si al Presidente se le otorgan potestades dentro de la estructura partidista, ello le permitirá obtener el apoyo entre el resto de los entes partidarios, así como fortalecer la disciplina partidista⁵⁷.

⁵⁶ Ernesto Stein y Mariano Tommasi, “La política de las políticas públicas”. *Política y gobierno*, Vol. XIII, número w, II Semestre (2006): 400, doi: <http://www.scielo.org.mx/pdf/pyg/v13n2/1665-2037-pyg-13-02-393.pdf>

⁵⁷ Ernesto Stein y Mariano Tommasi, “La política de las políticas públicas”. *Política y gobierno*, Vol. XIII, número w, II Semestre (2006): 401, doi: <http://www.scielo.org.mx/pdf/pyg/v13n2/1665-2037-pyg-13-02-393.pdf>

Los partidos políticos son otro actor clave del proceso legislativo, aun cuando estos no se encuentren en el gobierno. A través del debate público sobre las políticas públicas inciden en la definición y articulación de los programas de políticas. Asimismo, juegan un papel indirecto pero importante en el funcionamiento de las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Se ha señalado que el grado de institucionalización de un sistema partidista⁵⁸ puede incidir considerablemente en el diseño de las políticas públicas. En sistemas de partidos políticos institucionalizados donde compiten y logran obtener apoyo con base en las diferencias de política y logros, se vuelve más probable la promoción de políticas públicas coherentes y sostenibles en el tiempo; asimismo se posibilita el establecimiento de acuerdos perdurables.

Los partidos institucionalizados permiten a los ciudadanos identificar la ideología partidaria y sus programas y, por ende, logran seleccionar mejor los entes políticos y candidatos que respondan a sus preferencias políticas. En ese juego, los partidos políticos deben apostar a plantear en sus propuestas inversión en bienes públicos tales como educación y servicios básicos, es decir, potenciar el interés general. En cambio, en sistemas partidarios clientelares, es probable que se favorezca el gasto gubernamental en obras públicas asignadas de manera específica que el gasto en inversiones para bienes y servicios públicos más amplios.

Otras características de los sistemas partidista que influye en la interacción entre el Ejecutivo y el Legislativo son el nivel de fragmentación del Congreso, el tamaño de la bancada legislativa oficialista y la solidez de la disciplina partidista. Estas características pueden determinar el éxito o fracaso de las iniciativas del Ejecutivo para materializar su programa pues una mayoría oficialista con una fuerte disciplina partidista fomentará la capacidad de concretizar las políticas del Ejecutivo. Ahora bien, esto puede resultar positivo en algunas ocasiones; sin embargo, puede ser riesgoso cuando se pierda el suficiente contrapeso “... en cuyo caso las prerrogativas personales y políticas pueden tomar precedencia sobre la necesidad de tener en cuenta al pública en general en la determinación de los resultados de las políticas”⁵⁹.

En cuanto a los cuerpos legislativos estos pueden clasificarse dependiendo del rol que ejerzan. Así, un parlamento activo y constructivo puede desarrollar sus propias propuestas legislativas y ayudar a orientar el programa de políticas junto con el presidente en la formulación de políticas públicas; asimismo, puede ejercer un papel importante en la supervisión sobre la ejecución de políticas públicas.

En el otro extremo del espectro están los cuerpos legislativos pasivos que actúan como mecanismo de aprobación automática y sin mayor análisis de las propuestas legislativas del Ejecutivo, tampoco ejercen un papel de vigilancia de la conducta del gobierno en la implementación de los programas aprobados⁶⁰. Esto puede ocurrir cuando la bancada oficialista

⁵⁸ Los sistemas partidistas se pueden considerar institucionalizados cuando la competencia entre los partidos es relativamente estable, los ciudadanos se identifican con partidos particulares y las organizaciones partidistas están bien desarrolladas e influyen en la orientación de las políticas y el liderazgo partidista. Ídem, 403.

⁵⁹ Ídem, 404.

⁶⁰ Las políticas suelen ser mejores cuando el cuerpo legislativo desarrolla facultades de diseño de políticas y participa constructivamente en el proceso de formulación de las políticas, que cuando se limita a asumir un papel subordinado y de aprobación automática y a ciegas de los deseos del Ejecutivo. Ídem, 413.

posee una mayoría considerable en el Parlamento y, a la vez, la disciplina partidista es fuerte, por lo que los legisladores se ciñen a los planteamientos del Ejecutivo o de la cúpula partidaria.

En ese orden, dentro del amplio espectro que existe entre las dos posturas antagónicas descritas, los cuerpos legislativos pueden obstaculizar en las propuestas legislativas que conllevan una política pública, o podrían participar en la reformulación o modificación de las iniciativas del Ejecutivo cuando sea necesario.

El papel de los cuerpos legislativos es moldeado parcialmente por la composición subjetiva de estos, sus capacidades, experiencia y credenciales, así como la fortaleza y especialización de las comisiones y la disponibilidad de un personal profesional de apoyo y unidades de investigación.

El rol que juega el Órgano Judicial –principalmente jueces contenciosos administrativos, constitucionales e incluso ambientales– es principalmente de contralor o de corrección. Las demandas planteadas pueden tratar sobre asuntos que afecten el curso de decisiones gubernamentales o requerir que se revise la legalidad de las conductas de los funcionarios decisores, pueden constituirse en un instrumento para controlar las conductas y actos de los agentes públicos.

En virtud de ello, un Poder Judicial funcional e independiente facilita y fomenta el cumplimiento de los acuerdos entre los actores políticos, asegura que estos no sobrepasen sus límites constitucionales y/o legales y gana la confianza de la población y puede servir para ejercer un *accountability* legal⁶¹ que permita a las organizaciones de la sociedad civil y a la ciudadanía en general a que utilicen los poderes coactivos del Estado para proteger sus derechos.

Aun cuando las acciones judiciales se ejerzan para obtener un beneficio personal o para un grupo determinado; ello no impide que se generen efectos políticos y colectivos de estas. Y es que, es preciso considerar que, por el derecho a la protección jurisdiccional, el Órgano Jurisdiccional está obligado a dar respuesta a las controversias que le son planteadas y a la vez, en el desarrollo de un proceso judicial, conmina a la autoridad pública como parte procesal a dar respuesta o informar sobre los hechos o acciones que están siendo cuestionados.

Con relación a la sociedad civil como actor en las políticas públicas, tal como se señaló está conformada por diversos sectores de la sociedad. Si bien no ejercen un papel definido, su incidencia en cada una de las etapas del ciclo de las políticas públicas es reconocida.

Los movimientos sociales se encargan de convertir las demandas y problemas en cuestiones relevantes y ofrecen una primera delimitación de este. Es decir, los movimientos sociales intervienen en “...la conversión de asuntos políticos en cuestiones de gobierno o bien, como promotores de una definición especial de una situación problemática a través de su

⁶¹ El *accountability* o rendición de cuentas de tipo legal se está orientada a garantizar que los funcionarios públicos actúen dentro de la ley y la Constitución. Catalina Smulovitz, “Judicialización y *accountability* social en Argentina” (XXII International Conference de la Latin American Studies Association, Washington D.C., septiembre 2001).

enmarcamiento”⁶². En virtud de ello, se considera que los problemas públicos son en realidad una construcción social.

3. Relación entre los DESC y las políticas públicas.

3.1 Los DESC en el Derecho Internacional.

Con la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas en junio de 1945, los Estados reconocieron como derechos humanos las libertades fundamentales de las personas. Asimismo, en sus arts. 55 y 56 incorporaron la promoción del respeto universal de los derechos humanos de todas las personas, la efectividad de tales derechos, así como el fomento de niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social.

Este reconocimiento, además de la importancia para los derechos humanos en general, reviste un significado especial para los DESC; y es que, del texto del referido instrumento internacional, se advierte que los Estados firmantes dieron su conformidad para garantizar la efectividad de todos los derechos, civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin establecer ninguna jerarquía entre los mismos.

Sin embargo, la Carta de las Naciones Unidas posee dos principales deficiencias: no contar con un catálogo de derechos y, por consiguiente, la falta de garantías de protección de estos.

La Asamblea General, consciente de estos vacíos, advirtió la necesidad de concretar los derechos humanos en otro documento. El primer paso fue la creación de la Comisión de Derechos Humanos en 1946 por parte del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) –reconocido en la Carta de las Naciones Unidas–⁶³.

Posteriormente, bajo la iniciativa del ECOSOC se aprobó el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). En ella se observa un bloque integral de todos los derechos humanos cuyo eje central es la dignidad humana y “una orientación consciente de que únicamente a través del disfrute de todos los derechos humanos las personas pueden alcanzar un nivel de vida digno”⁶⁴.

Bajo esta perspectiva, la facultad que otorga el art. 8 de la DUDH de recurrir ante los tribunales competentes por vulneraciones de los derechos reconocidos en la constitución o en la

⁶² Algunos expertos señalan que la definición del problema pasa por un procedimiento de nombramiento y enmarcamiento, es decir, de selección, organización e interpretación de la realidad, con la cual una situación amorfa, problemática y mal definida puede cobrar sentido. Miguel Armando López Leiva, “Los movimientos sociales y su influencia en las políticas públicas”. *Región y sociedad*, año XXIV, número 55, (2012): 160, doi: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-39252012000300005&script=sci_arttext

⁶³ De conformidad a la Carta de las Naciones Unidas el ECOSOC estará conformado por 54 miembros elegidos por la Asamblea General, siendo su principal función la cooperación internacional económica y social (art. 60 CNU) para lo cual podrá realizar estudios e informes respecto a asuntos internacionales de índole económico, social, educativo, cultural y sanitario y asuntos conexos. Asimismo, puede hacer recomendaciones con el fin de promover el respeto de los derechos humanos y su efectividad (art. 62 CNU).

⁶⁴ Vanesa Valdiño, ed., *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis* (Observatori DESC, 2009), 24.

ley, también implicaría los DESC. Es decir, la DUDH no hizo distinción entre los DESC y el resto de los derechos humanos reconocidos en cuanto su justiciabilidad.

Ahora bien, pese a que hasta ese momento la Asamblea General había mantenido una perspectiva integral de los derechos humanos, las condiciones geopolíticas que imperaban en aquel momento propiciaron a que esta visión se trastocara⁶⁵. Así, se optó por la firma y ratificación de dos instrumentos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

A pesar de que se suscribieron dos Pactos, sus idénticos preámbulos aún conservan la idea de indivisibilidad de los derechos. No obstante, la redacción de su articulado varía y marca una diferencia. En el PIDCP se centra en el individuo y lo reconoce como sujeto del derecho al establecer que “Toda persona tiene derecho a...” o “Nadie será objeto de...”; mientras que en el PIDESC se invisibiliza al sujeto de derecho y se escoge otra redacción “Los Estados parte reconocen el derecho a...”.

Otra diferencia marcada entre ambos instrumentos internacionales es respecto a su sistema de garantía. El PIDCP contó desde su adopción con un Protocolo Facultativo que permite al Comité de Derechos Humanos recibir y examinar comunicaciones de personas que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquier derecho enunciado en el Pacto. En cambio, el PIDESC no contó con este respaldo bajo la excusa del carácter “progresista” de los DESC que permitía a los Estados prolongar la aplicación de estos.

Fue hasta el 10 de diciembre 2008 que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Protocolo Facultativo del PIDESC, el cual permitiría que las víctimas de violaciones de los DESC buscaran justicia a nivel internacional ante el Comité de los Derechos Económicos y Culturales. De acuerdo con el Protocolo este entraría en vigencia hasta que fuera ratificado por 10 países, lo que ocurrió en mayo de 2013. El Salvador lo ratificó en el 2010.

Además del mecanismo de denuncias individuales por violaciones a los DESC, se establecen facultades investigativas a la Comisión (art. 11 PFDESC). También impone obligaciones con efecto inmediato, tales como garantizar el ejercicio de los DESC sin discriminación, adoptar medidas y la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos⁶⁶. Asimismo, es importante acotar que en el preámbulo del Protocolo se reafirman las características de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Desde su creación, el Comité DESC, ha tratado de corregir el desequilibrio de protección de estos a través de sus interpretaciones del PIDESC a fin de que se dejé atrás la percepción que

⁶⁵ Durante la época de la “Guerra fría” los bloques se diferenciaban en el énfasis que hacían sobre ciertos derechos; así la confrontación entre los dos bloques políticos de la época, el soviético y el occidental, y la presión que este último ejercía, llevo a que finalmente la Asamblea General adoptase dos Pactos separados. Es preciso acotar, que para el bloque occidental los DESC no poseían el mismo nivel de obligatoriedad para los DESC con respecto a los civiles y políticos. Ídem, 26.

⁶⁶ <https://acnudh.org/hoja-informativa-protocolo-facultativo-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales/>, consultada el 4 de agosto de 2020.

se tiene de ellos como derechos de naturaleza “indeterminada” que dificulta su defensa ante una violación.

En cuanto al sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) señala en su preámbulo que “... solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos sociales y culturales, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como sus derechos civiles y políticos...”. Es decir, la CADH reconoce la indivisibilidad de estos últimos derechos con los DESC para el desarrollo de los individuos.

La CADH establece como medios de protección dos órganos para conocer de asuntos relacionados al cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁶⁷. Ambas entidades reconocen la relación entre los DESC y los derechos civiles y políticos⁶⁸.

Aunado a la CADH, el sistema interamericano cuenta con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado en 1988 [Protocolo de San Salvador] que ofrece una mayor protección de los DESC por ser más específico.

El Protocolo de San Salvador establece tres mecanismos de protección de los DESC: la presentación de informes periódicos, las recomendaciones de la CIDH y las peticiones individuales⁶⁹. Respecto a las primeras, se regula como un deber de los Estados parte presentar informes en los que demuestren las medidas progresivas adoptadas con respecto a los derechos establecidos en el citado Protocolo. Estos informes son revisados por el Consejo Interamericano y Social, así como el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, las observaciones de los dos Concejos se plasman en un solo informe general.

La CIDH, como órgano competente para velar por el respeto de los derechos humanos dentro del sistema interamericano, realiza recomendaciones en sus informes anuales o especiales sobre la situación de los DESC. Esto permite que los criterios del a CIDH sean retomados por los distintos países⁷⁰ e incorporados en sus políticas públicas y marco normativo.

En cuanto a las peticiones individuales, de acuerdo con el art. 19 n° 6 del Protocolo de San Salvador únicamente se podrán plantear directamente utilizando el proceso previsto en la CADH,

⁶⁷ Art. 33 CADH

⁶⁸ La Comisión ha expresado que “... la estrecha relación que existe entre la vigencia de los [DESC] y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el procedimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”. Luis Alfonso Fajardo, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales, DESC, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. IUSTA, (2005): 50.

⁶⁹ Art. 19 Protocolo de San Salvador.

⁷⁰ El mecanismo de protección se ha impulsado desde 1993, permitiendo la apropiación en los diferentes países y en los órganos regionales del concepto de integración de los derechos como un todo, indivisibles y al servicio de la dignidad humana”. Fajardo, “La protección ...”, 52.

cuando se trate de una afectación a los derechos a la libertad sindical y a la educación. Esta situación reduce la posibilidad para el resto de los derechos reconocidos en el Protocolo de San Salvador, pues el mecanismo directo ante la Comisión y la CIDH ha sido delimitado expresamente.

Sin embargo, “... la integralidad de los derechos ha permitido proteger los DESC al amparo de un derecho civil o político, lo cual, si bien no es la mejor de la posibilidad, es un horizonte para el desarrollo doctrinal y jurisprudencial tanto de la Comisión como de la Corte...”⁷¹.

3.2. El principio de progresividad en los DESC.

El principio de progresividad tiene su sustento en el Derecho de los Derechos Humanos. De conformidad al art. 2.1 del PIDESC establece la obligación para los Estados parte de adoptar medidas, tanto por sí mismos, así como a través de la asistencia y cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos.

Del mandato de progresividad establecido en la disposición citada se desprenden dos contenidos complementarios, por un lado, el reconocimiento que la plena satisfacción de los derechos reconocidos en el PIDESC requiere de tiempo, es decir, supone cierta gradualidad en su cumplimiento y, por otra parte, implica un progreso, que se traduce en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC⁷². Y es que, los DESC buscan garantizar un nivel de vida adecuado para las personas y para ello, identifican los elementos mínimos que deben considerarse y que sirven de punto de partida para esa gradualidad.

Según la jurisprudencia constitucional colombiana el mandato de progresividad en materia de los DESC implica: *i*) la obligación del Estado de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos; *ii*) el reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos; *iii*) los Estados no pueden excusarse de cumplir, tan pronto como sea posible, con el contenido mínimo de esos derechos; y *iv*) una vez alcanzado un nivel de protección, la libertad de configuración del legislador se ve limitada en materia de derechos sociales, pues únicamente podrá maximizarlos⁷³.

Este último elemento hace referencia a otro principio que se encuentra estrechamente vinculado al de progresividad, este es la prohibición de regresividad.

La prohibición de regresividad tiene dos posibles nociones, la de resultados o empírica y la normativa. La regresividad de resultados se refiere al posible retroceso en materia de derechos humanos debido a la implementación de una política pública. Es decir, la política pública desarrollada empeora la situación de las personas con relación a cómo se encontraban antes de la ejecución de esta respecto a sus derechos fundamentales. La aplicación de esta noción de

⁷¹ La CIDH ha acotado en su jurisprudencia que de conformidad al art. 29 d) de la CADH, ninguna disposición de esta puede interpretarse de manera que excluyan o limiten los efectos que puedan generar las Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Ídem, p 53

⁷² Néstor Calvo, “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales” *Vis Iuris*. Revista de derecho y ciencias sociales (2014): 146, doi: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/214>

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-038 del 27 de enero de 2004.

regresividad requiere de “... indicadores o referencias empíricas [...] que permitan una consideración general de los resultados de una política pública”⁷⁴.

En cuanto a la regresividad normativa, se logra determinar al comparar la nueva norma con la que modifica o sustituye y “... evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior...”⁷⁵.

Las nociones de regresividad descritas se desprenden de la noción de progresividad adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en las Normas para la Confección de los Informes Periódicos Previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, en su art. 5.1 define la progresividad como el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural.

Al definir el principio de progresividad como un criterio de medición, las citadas normas establecen algunos indicadores para medir el “progreso”. Al respecto, el art. 5.2 de la referida normativa sostiene que un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar deseado⁷⁶.

En el sistema interamericano también se reconoce la obligación de progresividad respecto de los derechos humanos. El art. 26 de la CADH establece la obligación de los Estados Parte de adoptar providencias de índole económica y técnica, para lograr gradualmente la plena efectividad de “... los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos [...] en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

En ese orden, los Estados tienen la obligación de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC mediante medidas planificadas y concretas que procuren la plena efectividad de tales derechos. En razón de ello, los Estados no pueden adoptar políticas, medidas o normas jurídicas que, de modo irrazonable, empeoren la situación de estos derechos. En caso de ser necesario adoptar una medida regresiva, el Estado deberá comprobar su razonabilidad; es decir, tendrá que efectuar un “... examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y a partir de una debida justificación frente al compromiso de utilizar plenamente el máximo de los recursos disponibles”⁷⁷.

⁷⁴ Christian Courtis, ed. *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. Ni un paso atrás* (Editores del Puerto-CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006), 2-5.

⁷⁵ Courtis, *La prohibición de regresividad...*, 5.

⁷⁶ El art. 5.2 de las Normas para la Confección de los Informes Periódicos Previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador establece que el progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil.

⁷⁷ Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales* (Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003), 61.

3.2.1 El principio de progresividad y prohibición de regresividad en el derecho a la salud.

De acuerdo al art. 12 del PIDESC, los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental, para ello impone la obligación de adoptar ciertas medidas: *i)* la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; *ii)* mejorar en todos sus aspectos la higiene del trabajo y del medio ambiente; *iii)* prevenir y tratar las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; y *iv)* crear condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En tal sentido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige la aplicación de medidas progresivas que lleven a la total efectividad del derecho a la salud. Sin embargo, reconoce que existen obstáculos derivados de los recursos disponibles. Ahora bien, esto no significa que los Estados Parte no tengan obligaciones inmediatas a cumplir respecto al derecho a la salud, tal como garantizar que el derecho sea ejercido sin discriminación alguna y la obligación de adoptar medidas dirigidas a la plena realización del referido derecho⁷⁸.

En ese orden, la progresividad respecto al derecho a la salud significa que los Estados tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la total eficacia del derecho.

Ahora bien, existen obligaciones con efecto inmediato y otras de cumplimiento progresivo; la inmediatez de su eficacia está vinculada a los elementos esenciales del derecho a la salud⁷⁹. Además, la clasificación de obligaciones se relaciona con otra tipología fundada en la distinción entre obligaciones de respeto, protección y cumplimiento.

Así, las obligaciones de respeto y protección son las que generalmente son exigibles de manera inmediata, pues consisten en abstenciones y la intervención estatal sobre la actividad de terceros. En cuanto a las obligaciones de cumplir no están relacionadas con los niveles esenciales del derecho a la salud, por lo que son de cumplimiento progresivo y, por tanto, se vuelve exigible la prohibición de regresividad⁸⁰.

Al respecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su observación 14 de 2000 hace relación a los tres niveles a los que los Estados Parte se obligan con relación a los derechos humanos –incluido el derecho a la salud–, estos son: la obligación de respetar, proteger y cumplir. Estos tres tipos de obligaciones exigen acciones inmediatas y paulatinas por parte de los Estados que lleven al pleno goce del derecho a la salud.

La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de realizar de injerencias directas o indirectas en el disfrute del derecho a la salud. Esta obligación implica especialmente el

⁷⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*; 11 de agosto de 2000.

⁷⁹ De conformidad a la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párrafo 12) el derecho a la salud abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

⁸⁰ Parra, *El derecho a la salud en la Constitución...*, 53.

deber de abstenerse de denegar o limitar el acceso equitativo a las personas o grupos de personas, como es el caso de los inmigrantes ilegales, los detenidos, mujeres, entre otros grupos vulnerables. Además, la obligación de respetar conlleva no prohibir los cuidados preventivos, prácticas curativas y medicinas tradicionales.

En cuanto la obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas que impidan que terceros interfieran en la aplicación de las garantías, para ello es necesario la adopción de medidas legislativas que velen por el acceso equitativo a la atención de la salud y los servicios relacionados con esta cuando son proporcionados con particulares. Asimismo, requiere que el Estado controle toda iniciativa de privatización de los servicios de salud, de tal manera que ello no represente una amenaza para su accesibilidad, disponibilidad y calidad. También, conlleva el control de la comercialización de equipo médico y medicamentos, y del nivel de profesionalización y experticia del personal sanitario.

Con relación a la obligación de cumplir implica el facilitar, proporcionar y promover, lo que conlleva a la adopción de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales o de otra índole que busquen la plena realización del derecho. En ese orden, los Estados deben de partir del reconocimiento del derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos. Asimismo, tendrán que adoptar una política nacional de salud y un plan concreto que permita su ejercicio.

Dentro de la obligación de cumplir está la de “facilitar”, lo que comprende la adopción de medidas positivas que coadyuven a que las personas puedan disfrutar del derecho a la salud. Asimismo, este deber conlleva “promover”, lo que implica fomentar el reconocimiento de acciones que contribuyen a mejorar los aspectos del derecho a la salud, tales como las investigaciones científicas y el acceso a la información.

3.3. Relación entre las políticas públicas y los DESC: el enfoque de derecho.

La relación entre políticas públicas y los derechos humanos es relativamente reciente. El enfoque tradicional de las políticas públicas consideraba que estas y los DESC no se podían abordar conjuntamente, pues las primeras poseen un discurso argumentativo, mientras que los derechos obedecen a un enfoque normativo. En tal sentido, aquellas se mantenían alejadas de los derechos humanos y fue hasta aproximadamente veinte años que se comenzó a hablar de políticas públicas con enfoque de derechos⁸¹.

Este enfoque consiste en un instrumento metodológico que “... usa el discurso de la teoría constitucional e internacional de los derechos humanos, pero que a su vez incorpora una dimensión política en el análisis: el de la decisión pública adoptada a través de las políticas públicas del

⁸¹ Se ha señalado que el reciente abordaje de las políticas públicas desde un enfoque de derechos se debe a los escasos resultados sociales con las reformas estructurales e institucionales que se venían ejecutando; asimismo los fracasos de las políticas públicas focalizadas que se implementaron en los años 70, así como la privatización de servicios esenciales como la educación y la salud que trajo como consecuencia el encarecimiento de estos y el incremento de la pobreza. Todo ello vinculado con la falta de respuestas satisfactorias de las economías que ya habían demostrado su falta de dinamismo y su vulnerabilidad frente a los nuevos escenarios de la globalización. Nuria Cunill Grau, “Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública.” Revista del CLAD Reforma y Democracia, n° 46 (2010): 43, doi: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533678002>

Estado, quien se hace principal responsable de la vigencia de los derechos y pone al ciudadano en el centro de toda decisión”⁸².

Además, el enfoque basado en derechos puede ser abordado como un criterio ético, pues representa una forma particular de asumir el papel del Estado y de accionar su aparato y poder para lograr el desarrollo. De este modo, se pretende dar prioridad a las vulneraciones más severas, aun cuando el grupo poblacional afectado no sea tan numeroso, dejando de lado las orientaciones utilitarias que focalizan la atención donde los recursos lleguen a mayor número de población, aun cuando los problemas sean menos serios; o aquellas que solo buscan un impacto cuantitativo que llevan aparejado un interés electoral.

El enfoque de derechos en las políticas públicas cambia la perspectiva respecto a la manera de abordar las problemáticas sociales, pues el ciudadano –beneficiario de la política pública– deja de ser un individuo pasivo que recibe servicios por parte del Estado –quien se presenta como un ente paternalista o benefactor– y pasa a ser sujeto de derecho con la facultad de exigir al Estado que garantice sus derechos.

En ese orden, el enfoque de derechos se fundamenta en dos pilares esenciales: el Estado como garante de derechos y sujeto responsable de su promoción, defensa y protección; y, por otro, las personas o grupos sociales como sujetos titulares de derechos con la capacidad y el derecho de reclamar y participar.

De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el enfoque de derechos en las políticas públicas consiste en un marco conceptual que pretende coadyuvar en el proceso de desarrollo humano. Desde una perspectiva normativa, este enfoque está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de tales derechos, pues pretende estudiar “... las desigualdades que radican en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo”⁸³.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos advierte que los principios y normas internacionales de los derechos humanos funcionan como lineamientos o pautas para la intervención de los Estados en los procesos de identificación y definición de problemas, en el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas.

En tal sentido, al tener como fundamento normativo las normas internacionales sobre derechos humanos se pretende promover la sostenibilidad de la labor de desarrollo, potenciar la participación de la población, especialmente de los grupos más marginados para que estos puedan

⁸² Carlos Alza Barco. “El enfoque basado en derechos. ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas?”. En Derechos Humanos y políticas públicas. *Manual*, coordinado por Laurence Burgogue-Larsen, (Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación superior, 2014) 51- 78.

⁸³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas Frecuentes sobre el Enfoque de Derechos Humanos en la Cooperación para el Desarrollo*, (2006) <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>.

participar en la formulación de políticas, así como responsabilizar a aquellos que tienen la obligación de actuar.

La literatura especializada coincide en cinco principios que sirven de base al enfoque de derechos: la universalidad, la exigibilidad, la participación social, la integralidad y la progresividad. La universalidad hace referencia a la igualdad y no discriminación con la que debe abordarse el derecho en cuestión. La discriminación y desigualdad no solo son consecuencia de la arbitrariedad o el prejuicio, "... sino que es la consecuencia de la desigualdad estructural a la que se encuentran sometidos algunos grupos..."⁸⁴ por lo que se necesita que las políticas con enfoque de derecho pongan a los sectores marginados de la sociedad en un nivel de igualdad básica con el resto de la población; es decir, deben buscar equiparar la posición de los grupos segregados frente a otros para disminuir la brecha existente entre ambos.

En ese orden, bajo el enfoque de derecho, el reconocimiento de un derecho en cuanto a su disfrute y calidad no debe estar condicionado a diferencias socioeconómicas ni a capacidades de pago asociadas a ellas.

El principio de exigibilidad marca la diferencia entre este enfoque y otros implementados en el pasado, pues el Estado deja de percibirse como el "benefactor" que bajo una visión casi caritativa impulsa programas en beneficio de la población; por el contrario, el enfoque de derechos pretende asegurar el ejercicio de un derecho no solo con su reconocimiento e incluso con proveer los respectivos servicios, sino que es necesario que existan obligaciones reales sobre los responsables de su concreción ante la ciudadanía.

Este enfoque pretende garantizar la calidad y oportunidad de las prestaciones que implica el derecho. Estas garantías tienen un respaldo jurídico que permite su exigibilidad por parte de la ciudadanía, incluso a través de medios judiciales.

En ese orden, las políticas públicas con enfoque de derechos exigen un componente de *accountability*⁸⁵ o rendición de cuentas por parte de las autoridades hacia la ciudadanía. La rendición de cuentas del poder político puede ser de tipo legal o político; el primero pretende garantizar que las acciones de los funcionarios públicos se apeguen a la ley y a la Constitución; mientras que la segunda se refiere a la capacidad del cuerpo electoral para lograr que las políticas gubernamentales respondan a sus preferencias⁸⁶.

Al respecto, la Naciones Unidas ha enfatizado que el *accountability* es "la fuente de valor agregado de los formuladores de políticas y otros actores..."⁸⁷; y es que, los derechos

⁸⁴ Cunill, *Las políticas con enfoque...*, 47.

⁸⁵ El concepto de "accountability" se refiere a la capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus conductas, obligándolos a justificar e informar sobre sus decisiones y a que, eventualmente, puedan ser castigados por ellas. Catalina Smulovitz, "Judicialización y accountability social en Argentina" (XXII International Conference de la Latin American Studies Association, Washington D.C., septiembre 2001).

⁸⁶ Smulovitz, "Judicialización y accountability social".

⁸⁷ Cunill Grau, Nuria, *Las políticas con enfoque...*, 48.

necesariamente implican deberes, y los deberes demandan *accountability*, de lo contrario, no se podría determinar el cumplimiento de tales obligaciones.

Relacionado con la exigibilidad de los derechos aparece el principio de participación social. El enfoque de derechos requiere de la participación activa e informada de las personas a quienes está destinada la política pública. Esta participación debe estar presente en todas las etapas del ciclo de las políticas públicas.

La integralidad o interdependencia que existe en el marco normativo de los derechos humanos es un rasgo característico de este. En tal sentido, se entiende que unos derechos dependen de otros y, por tanto, la lesión de un derecho afecta a otro al que está conexo, la concreción de un determinado derecho se vincula con la satisfacción de otro. En resumen, el disfrute de algunos derechos depende o contribuyen al disfrute de otros y la afectación de unos derechos necesariamente incidirá negativamente en otros.

Este principio rompe el paradigma tradicional de concebir los derechos humanos según su clasificación generacional, en la cual los derechos civiles y políticos eran considerados como “fundamentales”, restando importancia al resto de derechos. Y es que, este enfoque concibe las “generaciones de derechos” como un mero proceso histórico que permitió la ampliación del contenido jurídico de la dignidad humana.

Así, al momento de la concreción de tales derechos, se vuelve necesaria su interdependencia para que se logre garantizar la persona humana como el bien jurídico supremo. “De esta manera, los derechos de segunda y tercera generación son concebidos ahora como la garantía que permite el ejercicio pleno de los derechos de primera generación, pues en un caso, crean las condiciones materiales mínimas (educación, salud, trabajo, seguridad social, etc.) para que se puedan ejercer los derechos civiles y políticos (libre circulación, acceso a la propiedad, expresión, participación política, etc.)”⁸⁸.

Por último, el principio de progresividad –como se señaló en apartados anteriores– pretende alcanzar el pleno goce de los derechos mediante su cumplimiento gradual. Es decir, implica un progreso paulatino en el que se requiere que los Estados inviertan hasta donde les sea posible para mejorar las condiciones de ejercicio de los derechos de las personas y, por otro lado, no les es permitido la regresividad, es decir disminuir o desmejorar de alguna manera la materialización alcanzada.

La Comisión Interamericana ha señalado que, desde el enfoque de derechos humanos, resulta relevante para la política fiscal el aseguramiento de los niveles mínimos, así como la movilización del máximo de recursos disponibles para la realización progresiva de los DESC⁸⁹.

88 William Guillermo Jiménez Benítez, “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas”, *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 7.12 (2007): 35, doi: <http://dx.doi.org/10.22518/16578953.781>.

89 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Políticas Públicas con enfoque de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc.191/18, Informe (15 de septiembre de 2018), 39, doi: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasyPublicasDDHH.pdf>

De ahí que, la Comisión entiende que el Poder Judicial tiene un rol esencial en el monitoreo y control sobre los presupuestos y su impacto en la protección de los derechos en el marco de demandas judiciales. “Así, por ejemplo, en el marco de los avances significativos que se están dando en la región con relación a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales, y ambientales, un elemento clave de los análisis jurisprudenciales de la evaluación sobre si las asignaciones y ejecuciones presupuestarias cumplen con las obligaciones estatales de garantizar los mínimos esenciales de los DESCAs, los principios de progresividad y no regresividad, y el principio de igualdad y no discriminación”⁹⁰.

En síntesis, aun cuando no existe una guía universal para el enfoque basado en derechos, los organismos de las Naciones Unidas han tratado de esquematizarlo destacando ciertas características esenciales. La primera se refiere a su objetivo principal, siendo esta la materialización de los derechos humanos.

La segunda característica de este enfoque es que identifica a las personas como titulares de derechos, define el contenido de estos y los correspondientes acreedores de deberes y obligaciones (Estado); asimismo, pretende empoderar a los ciudadanos para que demanden la vigencia de sus derechos y, por ende, que el Estado los concrete o cree las condiciones para su vigencia.

Por último, el enfoque se distingue por tomar los principios y normas contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos como marco referencial que oriente toda la labor de cooperación y programación del desarrollo.

⁹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Políticas públicas...”, 41.

CAPÍTULO 2

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

1. El control constitucional en el Estado de Derecho.

1.1. El Estado Constitucional de Derecho.

El término “Estado Constitucional de Derecho” se encuentra constantemente en evolución, pues se trata de “... un paradigma de sistema de vida [que] mantiene como núcleo duro de su presencia el carácter de patrón de un complejo de valores compartido por la sociedad...”⁹¹ siendo su eje la Constitución como máxima expresión del acuerdo que rige a aquella.

En ese orden, la característica esencial que diferencia al Estado Constitucional de los modelos estatales anteriores es tener la Constitución como su pilar. En el Estado legislativo, las Constituciones no eran vinculantes ni mucho menos superiores a la legislación ordinaria⁹². Sin embargo, con la aparición del modelo de Estado constitucional, surge la idea de la supremacía constitucional que supedita a todos los poderes del Estado, pues esta representa la materialización del acuerdo de la sociedad al conformar un Estado. Así, el paso del Estado Legislativo al Constitucional presupone el carácter normativo de las constituciones, su juridicidad superior, vinculante e indisponible para todos los poderes del Estado.

El Estado de Derecho se edifica sobre cuatro pilares: la separación de poderes, la democracia, el respeto a los derechos fundamentales y el control del poder. Estos pilares se entrelazan y se sostienen en una relación de interdependencia de manera que el quebranto de uno de ellos significa el debilitamiento del resto.

El principio de separación de poderes es, más bien la separación de funciones de los principales Órganos del Estado. Así, la Sala de lo Constitucional ha indicado que la idea de “competencias propias y exclusivas” de cada órgano estatal debe ser entendida bajo la premisa que existen competencias indelegables concedidas por la Constitución que no podrían ser delegadas⁹³. La importancia de este principio en un Estado de Derecho es que permite el juego de los pesos y contrapesos, el control interestatal que frena los abusos de poder e impone la supremacía Constitucional.

En cuanto a la democracia, no se trata de la concepción común y simplista del término como un sistema político fundado en “... una serie de reglas que asegura la omnipotencia de la

⁹¹Armando Rodríguez García, “El Estado de Derecho: un desafío perenne”, en Principios fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales, Coordinadores Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez (Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2020), p.169.

⁹²Nicole Velasco Cano y Jario Vladimir Llano, “Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano”, *Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*; Vol. 9, no. 2 (jul.-dic. 2015): 52, doi: <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/16412>.

⁹³Sala de lo Constitucional, sentencia de 7 de agosto de 2020, proceso de inconstitucionalidad 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020.

mayoría”; más bien, tal como lo ha sostenido el maestro Ferrajoli “...[s]i las reglas sobre la representación y sobre el principio de las mayorías son normas formales en orden a los que es decidible por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecidible...”⁹⁴. Es decir, los derechos fundamentales establecen un límite para las mayorías, estas no pueden imponer su voluntad socavando los derechos de las minorías. En tal sentido, el respeto a las minorías es también parte de la democracia.

Lo antes señalado da pie para señalar el tercer pilar: el respeto a los derechos fundamentales. El respeto no solo implica un deber de abstención por parte del Estado, en cuanto a no limitar arbitrariamente el ejercicio de estos, sino también significa asumir una posición de garante y de impulsador. Así, para Ferrajoli el garantismo es determinante y predominante en el Estado de constitucional y democrático de derecho, por lo que el Estado debe crear garantías necesarias para la materialización de los derechos.

Una forma de garantizar los derechos a las personas de forma concreta y precisa es por medio de políticas y acciones gubernamentales de tipo social y económicas. Asimismo, hablar de garantías implica el establecimiento de mecanismos idóneos que salvaguarden los derechos dentro del ordenamiento normativo. Y es que, la existencia de derechos sin garantías en un ordenamiento jurídico resulta irracional, pues por un lado crea expectativas normativas y, por otro, no las satisface adecuadamente o peor aún, las ignora.

Todo lo expuesto, conduce hacia el último pilar: el control del poder. Desde los inicios del constitucionalismo, el control del poder ha sido su finalidad. Este control se ejerce a través de los elementos antes mencionados, por una parte, la separación de funciones entre los Órganos estatales y el respeto a los derechos fundamentales como limitante para las actuaciones del Estado. De aquí surge también la idea de constituir un ente independiente que se encargue de velar por el respeto a la supremacía constitucional.

Desde las posturas de Schmitt y Kelsen sobre el guardián de la Constitución se ha discutido sobre la necesidad de contar con un ente que garantizara el cumplimiento y respeto a la Constitución. Así, para el primero, el guardián debía ser un poder elegido directamente por el pueblo; mientras que para el segundo tenía que encomendarse a un órgano especializado ⁹⁵. En todo caso, siempre se ha reflejado la necesidad de contar con un ente que vele por la supremacía constitucional, lo que implica un elemento más en el juego de los pesos y contrapesos, es decir en el control del poder.

1.2. Sistemas de control de constitucionalidad.

La posibilidad de efectuar un control de constitucionalidad deriva del carácter normativo de la Constitución. Al ubicarse en la cúspide de un sistema escalonado –por ser la primera norma positiva de este–, se vuelve el elemento validador del resto del ordenamiento jurídico.

⁹⁴ Velasco Cano, “Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano”, 65.

⁹⁵Vid. Carlos Miguel Herrera, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos* 86, (1994): 195-228.

En ese orden, debido a su jerarquía, así como a su eficacia inmediata, los preceptos constitucionales son obligatorios y la transgresión a un principio o derecho constitucional debe ser controlado. De allí surge la necesidad que exista una revisión de la conformidad constitucional de las normas para que así, todas las fuentes de un ordenamiento jurídico guarden sintonía con los valores supremos de la sociedad.

El control de constitucionalidad se desarrolla de diversas maneras según el sistema que cada país haya adoptado⁹⁶. Sin embargo, para los fines de esta investigación, este apartado se centrará en el control concentrado que ejerce un órgano jurisdiccional –para el caso de El Salvador, la Sala de lo Constitucional–.

La Sala de lo Constitucional realiza dos tipos de control de constitucionalidad a través de los distintos procesos que instruye; por un lado, el control abstracto efectuado a través del proceso de inconstitucionalidad y, por otro, los procesos de control concreto: amparo y habeas corpus.

El control de constitucionalidad puede ser abstracto o concreto. El primero, tal como se infiere de su denominación consiste en una verificación en la que se contrasta el objeto de control –ley, decreto, reglamento, actos de aplicación directa de la Constitución, etc.– con el parámetro de control –principio, valor o derecho previsto de forma explícita o implícita en la Constitución–.

De conformidad al art. 183 Cn., la Sala de lo Constitucional tiene el monopolio para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, siendo su decisión de carácter general y obligatorio. Este tipo de control es abstracto pues el objeto de control no está vinculado a una afectación en la esfera jurídica de una persona o colectivo determinado; más bien, lo que se revisa es si este es conforme o no a la Constitución.

En los procesos de inconstitucionalidad la pretensión en discusión es de índole objetiva, pues lo que impulsa su planteamiento no es la conculcación de derechos subjetivos, sino la vulneración de la supremacía constitucional; por ello, este tipo de procesos no se configura para tutelar intereses o situaciones individuales, sino para analizar la compatibilidad de dos normas igualmente abstractas.

En cambio, el control de constitucionalidad concreto requiere que el objeto que se somete a control –la actuación u omisión de una autoridad– lesione en la esfera jurídica de una persona o colectivo. Es decir, el objeto de control –como elemento objetivo de la pretensión de amparo y habeas corpus– requiere causar un perjuicio o agravio directo o difuso en la esfera jurídica constitucional de la persona justiciable.

Con relación a los efectos que se producen en cada uno de estos procesos, en el proceso abstracto, tal como lo expresa el artículo de la Constitución citado, las sentencias pronunciadas en los procesos de inconstitucionalidad tienen efecto erga omnes. De esta manera, al determinarse que el objeto de control es contrario a la Constitución la consecuencia general es que sea expulsado del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico.

⁹⁶Vid. Néstor Pedro Sagüés, *Compendio de derecho procesal constitucional*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009), 18-46.

En cambio, en los procesos concretos, el efecto normal de las decisiones únicamente es interpartes. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, tanto las sentencias de amparo y las emitidas en los procesos de habeas corpus poseen una doble dimensión: la dimensión subjetiva y la objetiva.

En otras latitudes, la doctrina ha asumido estas dos dimensiones, específicamente con el amparo, al señalar que el proceso constitucional concreto tiene dos finalidades: *a)* la subjetiva, como mecanismo de tutela subjetiva, un instrumento procesal que salvaguarda derechos fundamentales; y *b)* la finalidad objetiva, pues sirve de garantía e interpretación e interpretación de la Constitución⁹⁷.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional nacional ha distinguido las dos finalidades de los procesos concretos y ha acotado que la finalidad objetiva deriva "... de la facultad que tiene la Sala de lo Constitucional de desarrollar, ampliar y llenar, de un modo definitivo el contenido de las disposiciones constitucionales, por lo que ninguna autoridad puede dar una interpretación diferente a la que da dicha Sala, pues hacerlo vulneraría la Constitución"⁹⁸.

La dimensión subjetiva pretende brindar a las personas una protección extraordinaria frente a aquellos actos que causan un agravio en la esfera jurídica particular de una persona o colectivo. Es decir, busca reparar el daño ocasionado a la parte pretensora.

La dimensión objetiva, trasciende los efectos interpartes pues la decisión va más allá de la transgresión de un derecho fundamental acontecida en un caso particular, la *ratio decidendi* que sustenta la decisión del tribunal en el caso particular permite perfilar la correcta interpretación que debe darse a la norma constitucional que reconoce el derecho en cuestión.

La Sala de lo Constitucional ha señalado que "... es innegable que los efectos de las decisiones adoptadas en esta clase de proceso trascienden al ámbito objetivo, puesto que, para emitir un pronunciamiento que incide en el plano subjetivo, se requiere interpretar los preceptos constitucionales relacionados con el caso planteado, específicamente aquellos en los que se regulan los derechos que se alegan vulnerados"⁹⁹.

La dimensión objetiva de los procesos concretos se sustenta en que el tribunal constitucional es el guardián de la Constitución y, por ende, su máxime intérprete, por lo que sus criterios deben ser respetados ya que estos contienen la adecuada interpretación de los preceptos constitucionales en garantía de los derechos fundamentales, por lo que deberán ser respetados por las distintas autoridades estatales, pues estas, al ser investidas, asumen el deber de cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualquiera que fueran las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, tal como dispone el art. 235 de la Cn.

⁹⁷Sabela Oubiña Barbolla, *El Tribunal Constitucional. Pasado, presente y futuro*, 1ª edición, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012) 181.

⁹⁸Daysi Marina Abrego Jurado "Las implicaciones de enfatizar la dimensión objetiva del amparo en relación con el acceso y la eficiencia de la justicia constitucional" Tesis Maestría, (Escuela Superior de Economía y Negocios, 2016), 18.

⁹⁹ Sala de lo Constitucional, sentencia de 6 de junio de 2014, amparo 9-2013.

Aunado a lo señalado, con base en el principio de igualdad, los funcionarios deben procurar el mismo trato hacia las personas, por lo que, si en un caso, por mandato de la Sala de lo Constitucional se le ordena actuar de determinada manera en aras de garantizar los derechos fundamentales, el referido principio obliga a la autoridad a actuar de forma similar en todos aquellos casos similares.

De este modo, los procesos concretos aun cuando resuelven un conflicto en específico en el que están involucradas dos partes procesales directamente vinculadas al objeto de control, los efectos de la decisión tomada por el tribunal constitucional trascienden al plano objetivo, pues los razonamientos que se efectúen a la luz de la Constitución sirven para orientar la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte del resto de autoridades judiciales y administrativas.

1.3. Evolución histórica del control constitucional de las políticas públicas.

1.3.1 Political questions

La doctrina de las *political questions* parte de la idea que la naturaleza de la Constitución no es exclusivamente jurídica-normativa, sino que también posee un aspecto político. En tal sentido, su interpretación no solo corresponde a un tribunal, sino que también poseen esa competencia los Poderes políticos, sin que el Poder Judicial pueda interferir en el proceso ni en el resultado de tal interpretación.

En esencia, la doctrina de las cuestiones políticas es una forma de justificar la incompetencia del poder judicial para pronunciarse en ciertos casos con base en la naturaleza del asunto en cuestión –por ser eminentemente político–.

Esta doctrina se origina en los altos tribunales estadounidenses que adoptaron una corriente judicial autorestrictiva o de prudencia al enfrentarse con resoluciones de casos difíciles para referirse a cuestiones constitucionales que no eran justiciables; su inicio data de los albores de Estados Unidos como nación independiente.

El primer precedente es el caso *Ware vs. Hylton*. George Washington solicitó a la Corte Suprema revisar la declaración que en su calidad de presidente de la nación había realizado para mantenerse en una posición neutra entre Francia e Inglaterra que enfrentaban una disputa bélica y si este infringía el Tratado de París suscrito entre Estados Unidos y Francia en 1783¹⁰⁰. Sin embargo, la Corte subrayó la separación de los Poderes y, por ende, expresó que no correspondía resolver el asunto planteado, dejándolo en las manos del presidente por ser un tema que la Constitución le había conferido.

¹⁰⁰En 1778 Estados Unidos y Francia firmaron una Alianza en la que ambos se comprometían a socorrerse mutuamente ante cualquier ataque por parte de Inglaterra. Al tensionarse las relaciones internacionales debido al “Régimen del Terror” durante la Revolución francesa, Estados Unidos, que en ese momento era una nación pequeña y demasiado joven, buscó una posición neutra para no enfrentarse a Inglaterra, alegando la no aplicación del Tratado de París, por haber sido Francia la que había provocado a la otra nación. Silva Irarrázaval Luis Alejandro, “Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del poder judicial. El caso de los Estados Unidos”, *Estudios Constitucionales*, 14.2 (2016), 232, doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200008>.

A partir de ese momento, las cortes supremas estadounidenses construirían la doctrina de las cuestiones políticas mediante la cual se perfila una zona exenta de control constitucional jurisdiccional y queda supeditada al control que los órganos políticos puedan ejercer entre ellos, o bien, como un mandato de autocontención.

Otro caso ícono sobre este tema es la sentencia *Marbury vs. Madison*. En ella, además de consagrarse la capacidad del Poder Judicial para revisar la constitucionalidad de las leyes, se matizó el reconocimiento de un área a la que dicho Poder no puede ingresar. La Corte Marshall afirmó que la protección de los derechos de las personas la habilitaba para declarar inconstitucional una ley, pero aclaró que esto no convertía a los jueces en supervisores de cómo los poderes políticos ejercen sus facultades discrecionales.

Ahora bien, determinar cuándo se está frente a una “*political question*” no es fácil pues esta puede ser “... extendida o restringida en función de las circunstancias del momento que reúne las exigencias de su tiempo...”¹⁰¹; carece de un sustento directo de la Constitución, más bien, es un producto de la jurisprudencia. No existen criterios totalmente claros y precisos para trazar la frontera entre lo jurídico y lo político, tal es así, que “...en el repertorio hay casos prácticamente idénticos que se han considerado de modo distinto: algunos como de naturaleza jurídica y otros de naturaleza política”¹⁰².

Debido a ello, una definición jurídica no es posible ya que se sustenta en una idea circular: “las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas”¹⁰³.

No obstante, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha utilizado esta doctrina como requisito jurisdiccional, de tal forma que se entiende como una manifestación fundamental de la naturaleza misma de la jurisdicción constitucional. Si se trata de una *political question*, la pretensión es rechazada por falta de jurisdicción, sin entrar a conocer el fondo de la cuestión.

En el caso *Baker vs. Carr*¹⁰⁴, el tribunal expuso que en todos los casos en que se había formulado la doctrina de *political questions* se trataban: “... a) de un poder encomendado por la

¹⁰¹César Landa Arroyo, "Justicia constitucional y political questions" *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* 4 (2000): 176.

¹⁰²Silva Irrazábal Luis Alejandro, “Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del poder judicial. El caso de los Estados Unidos”, *Estudios Constitucionales*, 14.2 (2016), 232, doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200008>.

¹⁰³Silva, *Las cuestiones políticas...*, 177.

¹⁰⁴Los demandantes –un grupo de ciudadanos domiciliados en la capital del Estado de Tennessee, Nashville– alegaban que la distribución de distritos electorales establecida por la Constitución de 1870, y, con ello, la distribución de escaños en la Cámara Baja (*General Assembly*) de la legislatura estatal favorecía a los electores rurales frente a los electores urbanos, lo que constituiría una infracción del principio de igual protección de las leyes establecido en la Enmienda XIV de la Constitución Federal. Asimismo, argumentaban que desde 1901 no se había cumplido con la obligación legal de efectuar la redistribución cada diez años. La *United States District Court*, en primera instancia, rechazó la competencia de los tribunales federales, de conformidad con jurisprudencia reiterada anterior de los tribunales superiores, que habían establecido que las disputas electorales, tanto las de ámbito estatal como las de ámbito federal, no eran justiciables por tener el carácter de *political questions*. La Corte Suprema determinó la competencia de los tribunales federales, devolviendo el asunto para decisión en conformidad al Tribunal de instancia.

Constitución a otro órgano constitucional; *b*) de una carencia de estándar judiciales, apropiados para su enjuiciamiento; *c*) de una imposibilidad de que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción claramente no judicial; *d*) de una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; *e*) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada; o, finalmente, *f*) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales”¹⁰⁵.

El criterio establecido en *Baker vs. Carr*, permite esbozar tres explicaciones de la doctrina de las *political questions*: 1) la teoría clásica: para la cual el ejercicio de la jurisdicción constitucional es un deber sólo excusable cuando la decisión ha sido encomendada a otro órgano constitucional; es decir, la limitación al ejercicio jurisdiccional se basa en una interpretación de la Constitución que permite concluir que la determinación de una materia ha sido atribuida por la Constitución a uno de los Poderes políticos; 2) la teoría prudencial: en la que las *political questions* suponen una válvula de escape de la jurisdicción constitucional para no tener que pronunciarse, si no quiere, sobre algunos temas; y 3) la teoría funcional: se debe a una reacción necesaria frente a las imposibilidades de tipo técnico (falta de información, uniformidad, etc.)¹⁰⁶.

Asimismo, se ha planteado como una explicación de este criterio el problema de la imposibilidad de aplicar un remedio típicamente judicial a la situación jurídica creada. Es decir, la idea es que, para dirimir la situación jurídica presentada, la decisión del tribunal debe asumir las funciones típicamente legislativas o administrativas.

En sentido similar, se ha intentado explicar el criterio como una negación del tribunal a considerar determinadas cláusulas constitucionales como directamente enjuiciable por los tribunales. Ahora bien, un mandato constitucional que no es controlable por el Órgano Judicial implica que “... el precepto debe ponerse en práctica por otro órgano constitucional”¹⁰⁷, es decir, siempre existirá un mandato explícito o implícito a otro órgano constitucional, por lo que el tribunal no puede sustituir dicho órgano, aun cuando esté presente una inactividad ante la facultad que le ha sido otorgada.

La doctrina de las cuestiones políticas se basa en tres argumentos que afirman su validez: *i*) la especialización de los poderes; *ii*) la distinción entre lo jurídico y lo político; y *iii*) garantía plural de la supremacía constitucional.

Las atribuciones que la Constitución otorga a cada uno de los Poderes estatales no son al azar, sino que “... refleja la correspondencia entre la naturaleza de la cuestión a decidir y el

La sentencia se desarrolla, por tanto, sólo en torno a una cuestión procesal, pero, como es frecuente en esos casos, entraña profundas consecuencias de Derecho material, ya que no dejó ninguna duda de que una división electoral no proporcionada a la población constituye una violación del principio de igualdad ante la ley. Karl Loewenstein, “La función política del Tribunal Supremo de Estados Unidos”, *Revista de Estudios Políticos* 133, (1964), 6.

¹⁰⁵García, Enrique Alonso, “El Tribunal Burger y la doctrina de las *political questions* en los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 1 (1981): 288.

¹⁰⁶ Ídem, 288.

¹⁰⁷García, *El Tribunal...*, 293.

procedimiento más idóneo para hacerlo”¹⁰⁸. Es decir, la asignación de las distintas facultades y deberes se ha realizado en atención a la idoneidad del ente responsable.

En tal sentido, cada poder del Estado debe respetar el ámbito funcional de los otros, pues no posee las herramientas pues no ha sido diseñado para asumir tales atribuciones. Así, el Poder Judicial no debe remplazar al Congreso en el proceso de transformar en leyes la voluntad del pueblo, ni debe sustituir al presidente en el gobierno de la sociedad.

El segundo fundamento de las cuestiones políticas enfatiza la distinción entre el ámbito político y el jurídico. Si bien es cierto, estas realidades no se separan completamente, desde esta perspectiva sí es posible distinguirlos en su núcleo, específicamente en el razonamiento que precede la decisión política y la jurídica¹⁰⁹, y los contenidos propiamente políticos y jurídicos de la Constitución.

El último fundamento de las cuestiones políticas es la garantía plural de la supremacía constitucional. Desde esta perspectiva, la Corte Suprema no se concibe como el guardián último de la Constitución en el entendido que todos los órganos del Estado han jurado guardarla y respetarla y, que en su texto no se haga referencia expresa que permita aseverar la primacía de los jueces sobre el Congreso o el presidente.

Pese a que la doctrina de las cuestiones políticas continúa vigente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y se sustenta en los argumentos antes anotados, existen objeciones que cuestionan su utilidad. Estos cuestionamientos pueden sintetizarse en tres grupos según el elemento característico del argumento en contra de las *political questions*.

El primero desarrolla la incompatibilidad de la doctrina con el principio de los *checks and balances*. Sin embargo, el principio de separación de poderes se complementa con el de los pesos y contrapesos. Es decir, junto con el reconocimiento de la autonomía de cada uno de los poderes del Estado en sus respectivos ámbitos, la Constitución articula una serie de mecanismos en su defensa que permite que los distintos poderes se controlen entre sí, impidiendo que alguno quebrante el equilibrio que debe existir en un Estado de Derecho.

En ese orden, la doctrina de las *political questions* surge como una excepción al control judicial sobre las actuaciones de los poderes políticos que se fundamenta en la separación de poderes y su autonomía, pero soslaya el principio de los *checks and balances* que permite la separación de funciones en un juego de interorgánico en el que los distintos órganos estatales, en el ejercicio de sus atribuciones, sirven de límite a las actuaciones de sus pares.

Siempre en este contexto, se plantea la inquietud de si deben existir zonas exentas de control judicial. Las voces que se alzan para afirmar que no deberían existir estas áreas eximidas del

¹⁰⁸Silva, *Las cuestiones políticas...*, 251.

¹⁰⁹El razonamiento que precede una decisión política es diferente del que precede una decisión judicial, porque la finalidad de una y otra es distinta. La decisión política “... concierne a la conducción de la sociedad en su conjunto y se rige por criterios de conveniencia y oportunidad. La judicial, en cambio, concierne a la solución y satisfacción de conflictos de derechos y se rige por criterios de justicia en el caso particular. El proceso de adopción de una decisión es consistente con la naturaleza del resultado”. Silva, *Las cuestiones políticas...*, 253.

control judicial tienen como principal sustento “... la supremacía del Poder Judicial como intérprete último de la Constitución”¹¹⁰.

El segundo contraargumento de las *political questions* es la confusión entre lo político y lo jurídico. La línea divisoria entre estos dos ámbitos es extremadamente delgada y la caracterización de cada uno de ellos está constantemente sujeta a revisión.

Aun cuando se admita la diferencia entre ambas realidades, siempre surgen las dudas, las cuales requerirán del pronunciamiento de un ente para que aclare su naturaleza. En ese sentido, una determinada cuestión será política cuando se le niegue su carácter judicial. “Y puesto que en la práctica cualquier materia es potencialmente susceptibles de ser presentada como una cuestión judicial, parece inevitable que el Poder Judicial deba pronunciarse sobre cualquier materia; incluso cuando sea política, aunque solo para aclarar que ella no es judicial”.

En ese orden, se plantea que, si para dilucidar lo político de lo jurídico requiere la intervención de los tribunales, entonces, ¿qué sentido tiene defender una doctrina que postula la existencia de ámbitos reservados exclusivamente a los poderes políticos? Y es que, desde esta perspectiva, parece que la autonomía de los poderes políticos se otorga o reconoce por parte de las cortes.

En definitiva, “[e]l Poder Judicial viene a ser como el árbitro que resuelve qué materias son políticas y qué materias judiciales, con lo que la doctrina de las cuestiones políticas no se refiere a un límite real, externo, impuesto al Poder Judicial, sino más bien a la interpretación judicial de lo que es propiamente política”¹¹¹.

Por último, el tercer argumento en contra de las cuestiones políticas está relacionado con la existencia de soluciones más adecuadas. Esta postura señala la supuesta inutilidad de la doctrina, en relación con otras que cumplirían igual función, pero sin incurrir en las dificultades que conlleva las cuestiones políticas.

Al respecto, se le reprocha que si su finalidad es justificar la posición de la Corte respecto de la no justiciabilidad de un asunto atendiendo su naturaleza –jurídica o política–, resultaría útil si definiera el abanico de criterios de los tribunales para identificar las materias sobre las que debe pronunciarse y aquellas sobre las que no debe hacerlo. Así, los detractores que se inclinan por esta postura señalan que en la jurisprudencia estadounidense existen otras doctrinas que cumplen la misma función: la *standard doctrine*¹¹² y la *ripeness doctrine*¹¹³.

Pese a las posturas contrarias, la doctrina de las cuestiones políticas continúa siendo aplicable por la Corte Suprema estadounidense y por otras cortes o tribunales constitucionales influenciadas

¹¹⁰ Silva, *Las cuestiones políticas...*, 245.

¹¹¹ Ídem, 247.

¹¹² Es una doctrina jurisprudencial que se refiere a las condiciones de legitimación para demandar en juicio. Sirve para justificar el rechazo de las cuestiones no justiciables a través del examen de los requisitos para interponer una acción ante los tribunales. Silva, *Las cuestiones políticas...*, 248.

¹¹³ Se refiere al desarrollo jurisprudencial utilizado para declarar inadmisibles aquellas demandas sobre asuntos que no están suficientemente “maduros” para ser resueltos en un tribunal de justicia, por ello se entiende que resultaría útil para rehuir la decisión de cuestiones políticas sin pasar por la necesidad de justificarse en la naturaleza. Ídem 249.

por la jurisprudencia de aquella. Sin embargo, es preciso acotar que la doctrina ha sufrido un repliegue debido a las críticas referentes a su ambigüedad o peor aún, por el reproche a su falta de objetividad, pues se ha evidenciado que se ajusta al vaivén de conveniencias y circunstancias históricas; asimismo, se objeta que consagra la impunidad constitucional de los actores políticos y como contrapartida, niega el derecho a la jurisdicción y al acceso a la justicia a quienes son víctimas de los “actos políticos” exentos de control de constitucionalidad¹¹⁴.

Los mismos tribunales que idearon esta doctrina y establecieron un catálogo de cuestiones políticas no justiciables, se han alejado de esta postura y han judicializado muchos espacios que antes se consideraban estrictamente políticos¹¹⁵ minimizando las zonas exentas de control constitucional.

1.3.2 Caso Brown vs. Board of Education, USA.

El caso de Brown vs. *Board of Education*¹¹⁶ es uno de los más relevantes en la historia de los Estados Unidos. Si bien es cierto ya se habían tenido algunos antecedentes referentes al derecho de igualdad y la discriminación racial¹¹⁷ que existía en aquel momento, fue este caso el parteaguas en el criterio jurisprudencial.

Previo a la decisión en el caso Brown, la Corte Suprema mantenía el precedente establecido en el caso Plessy vs. Ferguson de 1896¹¹⁸, mediante el cual se había adoptado la doctrina “separados pero iguales”. De acuerdo con esta postura, el tratamiento diferenciado para la población afrodescendiente no necesariamente implicaba una violación a la Enmienda IV (*equal*

¹¹⁴Néstor Pedro Sagües, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 17 (2011): 531, doi: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27658.pdf>

¹¹⁵Temas como el diseño de los distritos electorales, o la exclusión de un legislador del Congreso han sido ahora decididos por las cortes, en Estados Unidos, donde su Corte Suprema, por lo demás, determinó quién debía ser presidente de la nación, en Gore v. Bush. En otros países, como en Argentina, el control del proceso legislativo, de una reforma constitucional, la destitución de jueces de la Corte Suprema por el Senado federal (en lo que hace al debido proceso), el acierto de una ley del Congreso que regula la competencia por apelación ordinaria ante la Corte Suprema, entre otros tantos asuntos, también haya sido judicializado. En Costa Rica, en el caso Zamora Bolaños, el tribunal declaró prácticamente extinguida la categoría de cuestiones no justiciables, por entender que hay un “derecho a la Constitución” que en todo caso debe aplicar la Sala. Ídem, 531-532.

¹¹⁶Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de 17 de mayo de 1954, caso 347 US 483 (1954), asunto Brown of Education.

¹¹⁷Uno de los casos que sirvió como antecedente e incluso como fundamento a la decisión del caso Brown, fue el caso Méndez vs. Westminster, en el que un tribunal de apelación de distrito determinó que la segregación escolar de niños mexicanos resultaba inconstitucional. En este litigio intervinieron diversos sectores de la sociedad estadounidense, entre estas la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) que luego tendría protagonismo en el caso Brown. El caso Méndez marcó el ámbito jurisprudencial en cuanto a la eliminación de la segregación escolar en Estados Unidos. Tuvo un efecto expansivo en el suroeste de ese país, pues las legislaturas locales para modificar sus contenidos, y de esta manera adecuarse a los parámetros de constitucionalidad prevista en la Decimocuarta Enmienda. Los criterios jurisprudenciales expuestos en el caso Méndez son citados en casos posteriores, en los cuales se pugnó por la desaparición de la desigualdad y la segregación. Manuel González Oropeza y Marcos del Rosario Rodríguez, “El caso Méndez V. Westminster y su contribución a la consolidación del derecho a la igualdad a través de su influencia en el caso Brown v. Board of education.” *Isonomía* 42 (2015): 165, doi: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182015000100006

¹¹⁸Sentencia de la Corte Suprema de Justicia a de los Estados Unidos de 18 de mayo de 1896, caso 164 US 537 (1896), asunto Plessy vs. Ferguson.

protection clause), pues consideraba que aun cuando el objetivo de la Enmienda era establecer la igualdad absoluta de los ciudadanos ante la ley, esta no pudo haber pretendido abolir las distinciones basadas en el color, o promover la igualdad social –que es distinta a la política–.

A partir de la sentencia en el caso Brown la Corte cambió su criterio y concluyó que la separación de los estudiantes con base en criterios raciales provocaría sentimientos de inferioridad que los niños marginados difícilmente superarían en su vida adulta. Asimismo, acotó que “... la segregación obstaculizaría el adecuado desarrollo académico y mental de los menores y les arrebataría buena parte de los beneficios que obtendrían en un ambiente integrado”.

En ese orden, declaró que los demandantes–así como los demás niños que estuvieran en una situación similar– se encontraban privados, por razones de la segregación de su derecho a la protección frente a la ley garantizada por la Enmienda XIV.

De acuerdo con un sector de la academia¹¹⁹, la sentencia emitida en el caso en comento tuvo como méritos: *i*) volver visible el problema racial en los Estados Unidos, provocando el ingreso de este asunto en la agenda política; *ii*) ejercer presión sobre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, que finalmente incidiría en la promulgación de la *Civil Rights Act* y de las demás leyes que contrarrestaron la segregación racial; *iii*) habría introducido un cambio trascendental de la conciencia de los ciudadanos blancos, quienes, a su vez, habrían exigido a las autoridades representativas la implementación de modificaciones políticas e institucionales; *iv*) el empoderamiento a la población afrodescendiente a reclamar la protección de sus derechos.

En opinión de los constructivistas, la promulgación de una serie de leyes cuyo objetivo era abolir la segregación racial fueron posibles gracias a las reformas políticas y sociales que se habrían gestado diez años atrás en la sentencia del caso Brown.

Entre estas leyes enlistan a la *Civil Rights Act* en 1964¹²⁰, que proscribió la aplicación desigual de los requisitos de registro de votantes que impedía a los afrodescendientes en las elecciones; así como la prohibición de la discriminación basada en criterios como raza, religión, sexo o el origen nacional dentro de los ámbitos de la educación pública, el trabajo y los establecimientos que sirvieran al “interés general”–v.gr. hoteles, teatros, restaurantes y demás lugares abiertos al público–.

Con relación a la desegregación de las escuelas públicas, la ley encomendó al fiscal general la tarea de demandar a aquellas autoridades que rehusaran a cumplir, incluso se estableció una especie de sanción económica de interrumpir la entrega de recursos federales a las escuelas que no acataran los lineamientos contenidos en la ley.

Posteriormente, en 1965 se emitió la *Elementary and Secondary Education Act* con las que se pretendía mejorar el financiamiento de las escuelas públicas y reducir la brecha de desempeño

¹¹⁹La postura constructivista frente al caso Brown ha sido positiva, resaltando las bondades en el impacto que produjo la decisión judicial en la sociedad estadounidense. Entre estos autores están Malcolm Feeley con su artículo titulado “Hollow Hopes, Flypaper and Metaphors”. Andrés Mauricio, Gutiérrez Beltrán. 2016. “El amparo estructural de los derechos” Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid.

¹²⁰Ídem, 268.

académico e los estudiantes provenientes de grupos tradicionalmente marginados por la sociedad estadounidense.

No obstante, existe otro sector –el neorealismo– que señala que durante la década posterior al fallo –entre 1954 a 1964– la Corte Suprema y los tribunales estatales llevaron este proceso de cambio sin apoyo de los otros poderes estatales, lo que se tradujo en pocos avances¹²¹.

Fue hasta que el entonces presidente John F Kennedy, mostró un respaldo al fallo es que se efectuaron cambios legislativos importantes como las leyes antes mencionadas. Aunado a ello, el apoyo mostrado por el presidente Kennedy no se debió a una necesidad de acatar el fallo, sino que a las circunstancias políticas que debió enfrentar durante su administración, especialmente a los movimientos sociales y a la escalada de violencia que se desató al inicio de la década de los 60's¹²².

En tal sentido, se objeta que el impacto que se pretendía lograr no se alcanzó. De hecho, para los neorealistas, el fallo de Brown no consistió en un argumento de peso que haya incidido de manera decisiva en la aprobación de leyes, tal es así que los congresistas al discutir la *Civil Rights Act*, únicamente mencionaron una docena de veces la sentencia Brown en un discurso prolongado. De igual manera, consideran que para los movimientos sociales que lideraban la lucha contra la discriminación racial, la sentencia no revestía mayor importancia¹²³.

Aunado a los señalamientos anteriores, también se ha criticado que aun cuando la Corte Suprema no hubiese pretendido la integración racial en la educación pública, sino que se limitaba a ordenar cambios meramente normativos que hicieran desaparecer el fundamento legal de la segregación en el ámbito educativo, ello implicaría una disminución en la relevancia del fallo como sentencia histórica en la jurisprudencia estadounidense. Y más importante es cumplir con la finalidad que persiguen las persona al dirigir sus pretensiones al Órgano Judicial que es dirimir los conflictos o agravios que les afectan. Es decir, al imponer únicamente reformas de carácter formal se habría dejado al azar el asunto más relevante en el debate, esto es, la necesidad de ejecutar una transformación profunda en el sistema educativo que permitiera el acceso a las escuelas públicas a todos los niños sin importar su origen racial o étnico.

¹²¹ Gerald Rosenberg, autor de *“The Hollow Hope”* concluyó en su obra que el Poder Judicial no había logrado prácticamente nada [virtually nothing] antes de recibir el apoyo de las demás autoridades. El autor toma como referencia el lapso comprendido entre los años 1954, en el que fue expedido el fallo, y 1973. En el período académico inmediatamente posterior al fallo de Brown, el porcentaje de niños afroamericanos que asistían a escuelas públicas para estudiantes blancos en los estados del sur era de tan solo 0.001%, correspondiente a un total de 23 niños. El año siguiente [1955-1956] hubo un incremento a un 0.12%; ya para 1958 el porcentaje ascendió a 0,15% hasta llegar al alrededor del 1% previo a la aprobación de la Ley de los Derechos Civiles. Con la vigencia de dicha ley, en el período de 1964-1965 se presentó un incremento de aproximadamente el 100% del número de niños afrodescendientes matriculados en estas escuelas. Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 270.

¹²²Ídem, 284.

¹²³De acuerdo con declaraciones hechas por Martin Luther King referentes al papel que jugó la Corte Suprema en los hechos que rodearon el boicot de buses ocurrido un año después de la firma de la sentencia, manifestó que esta última “no puede explicar por qué sucedió lo ocurrido en Montgomery”. Es más, para el líder del movimiento, la estrategia del litigio que seguían algunos movimientos para combatir el racismo desde los estrados judiciales consistía en “legalismos” y “luchas innecesarias”. Ídem, 286.

1.3.3. Caso Grootboom contra la República de Sudáfrica.

El caso Grootboom contra la República de Sudáfrica fue la primera sentencia estructural emitida por la Corte Constitucional de dicho país que no solo marcó un punto de referencia para el derecho interno al convertirse en la jurisprudencia constitucional angular para la exigibilidad de los derechos sociales, sino que también es un referente a nivel internacional para "... comprender las repercusiones que se siguen de la consagración de esta clase de derechos para discernir las obligaciones que resultan oponibles a los Estados en la materia"¹²⁴.

La demanda presentada abordó uno de los problemas más serios que había generado el *apartheid* en materia de acceso a la vivienda. Durante el período de segregación "... se puso en marcha un sistema de control encaminado a limitar la ocupación de las áreas urbanas por parte de la población negra. Como consecuencia de lo anterior, en la península del Cabo la entrega de viviendas a favor de los afrodescendientes fue suspendida a partir del año 1962, hecho que desencadenó un masivo éxodo de personas empobrecidas que, además de verse privadas de la posibilidad de adquirir vivienda, eran sometidas a desalojos forzosos y a una represión policial permanente"¹²⁵.

En ese orden, el caso fue planteado por personas de escasos recursos que fueron desalojados de asentamientos informales situados en inmuebles de naturaleza privada que serían destinados a viviendas formales de bajo costo; en virtud del desahucio, los miembros de esta comunidad se asentaron en una cancha deportiva ubicada Wallecedene, Ciudad del Cabo, presentando una situación precaria o crítica para todas las familias de la comunidad.

Liderados por la activista Irene Grootboom, los demandantes invocaron las secciones 26 y 28 letra c de la Constitución Sudafricana¹²⁶. En la primera se establece el derecho de toda persona a acceder a una vivienda adecuada y el consecuente deber correlativo por parte del Estado de garantizar la realización progresiva de este derecho dentro de los recursos disponibles. La segunda, prevé el derecho de los niños a tener un refugio.

En ese orden, los interesados alegaron que el Estado se encontraba obligado a proporcionar albergue, no solo a los niños, sino también a sus padres e incluso a los adultos que no tuvieran hijos. Y señalaron que existían medidas legislativas en materia de vivienda cuyo eje central era el proporcionar a los ciudadanos y residentes acceso a estructuras residenciales permanentes, que los protegiera de los elementos de la naturaleza, garantizando una tenencia segura y privacidad.

Asimismo, el consejo metropolitano había formulado un programa de tierras que pretendía ayudar a los consejos locales metropolitanos a gestionar el asentamiento de las familias en estado crítico. Dicho programa reconocía, entre otras cosas, la ausencia de servicios para las personas que vivían en condiciones precarias, la inacceptabilidad de tener familias viviendo en tales condiciones,

¹²⁴Gutiérrez Beltrán, "El amparo estructural", 289.

¹²⁵Idem, 89.

¹²⁶ La Constitución de la República de Sudáfrica de 1996 establece: "26. Vivienda. 1. Toda persona tiene derecho al acceso a una vivienda adecuada. 2. El Estado debe adoptar una legislación razonable y otras medidas, con sus medios disponibles, para conseguir la realización progresiva de este derecho [...]". Y en su artículo "28. Menores de edad. 1. Todo menor de edad tiene derecho: [...] c.a una alimentación básica, a refugio, a servicios de cuidado básico de la salud, y a servicios sociales; [...]"

el consiguiente riesgo de invasiones de tierras y la brecha entre la oferta y la demanda de vivienda que resulta en una crisis de accesibilidad¹²⁷.

Este programa también contemplaba entre sus objetivos la cesión de tierras a familias en crisis y mejorar los servicios de forma progresiva. Sin embargo, al momento en que se efectuaron los desalojos de las familias, las políticas diseñadas por el Poder Legislativo no se habían llevado a la práctica.

El caso fue planteado ante una corte de Alto Tribunal del Cabo de Buena Esperanza. Los demandantes enfatizaron en los derechos de los niños, quienes tendrían que recibir un tratamiento especial de acuerdo con la sección 28 del texto constitucional. El Tribunal emitió una sentencia favorable en la que amparó el derecho a la vivienda de los niños y consecuentemente, ordenó a las autoridades garantizar el albergue inmediato de las familias que tuviesen menores de edad. A su vez, requirió que se garantice el núcleo esencial de los derechos de los demás miembros de la comunidad, mandato que se materializaba con la provisión de tiendas, letrinas portátiles y el suministro regular de agua, aun cuando esta fuese transportada”¹²⁸.

Sin embargo, los abogados de los apelantes sostuvieron que la sección 26 no se refería únicamente a la provisión de este tipo de ayuda asistencialista a las familias en crisis; por el contrario, el abordaje del problema con este tipo de medidas restaba valor a cualquier desarrollo de vivienda integrado.

Finalmente, el caso llegó a la Corte Suprema, la cual abordó la problemática desde la perspectiva de la sección 26 de la Constitución; es decir, analizó la situación general en que se encontraba toda la comunidad a la luz del derecho al acceso a una vivienda adecuada de todos los sudafricanos y no solo de los niños, según la sección veintiocho.

La Corte Constitucional expuso que los derechos socioeconómicos eran justiciables en Sudáfrica. Sin embargo, la dificultad estribaba en cómo hacer cumplir estos derechos, situación que debía abordarse caso por caso. En ese orden, sostuvo que el Estado tiene la obligación de tomar medidas positivas para satisfacer las necesidades de quienes viven en condiciones de extrema pobreza, falta de vivienda o viviendas precarias.

En tal sentido, la Corte concluyó que, si bien la sección 26 reconoce un auténtico derecho con arreglo a las previsiones del ordenamiento sudafricano, este no equivale al derecho subjetivo de reclamar la entrega de viviendas mediante el empleo de acciones judiciales. En lugar de ello, señaló que la aludida disposición consiste “... en un criterio de razonabilidad que permite a los tribunales llevar a cabo el control de constitucionalidad de los planes diseñados por las autoridades para atender las necesidades de vivienda de la población”¹²⁹.

Es decir, estableció que, de conformidad a la norma en cuestión, las autoridades tenían la obligación de diseñar e implementar, dentro de los recursos disponibles, un programa integral y coordinado para realizar de manera progresiva el derecho a una vivienda adecuada.

¹²⁷Resumencaso Government of the Republic of South Africa & Ors v Grootboom & Ors 2000. BCLR1169, Red DESC; doi: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/government-republic-south-africa-ors-v-grootboom-ors-2000-11-bclr-1169-cc-esp>.

¹²⁸Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 288.

¹²⁹Ídem, 289.

Además, la Corte enfatizó que, en virtud del principio de razonabilidad, el mencionado programa debía brindar especial atención a las personas que, como en el caso de los demandantes, vivían en condiciones críticas de pobreza o miseria.

Y es que, uno de los problemas principales en el diseño del plan de vivienda sudafricano consistía en haber omitido este aspecto. El programa había sido estructurado con el propósito de solucionar, de manera general el problema habitacional de todos los ciudadanos, lo cual, si bien es un fin constitucionalmente legítimo, obviaban –bajo el principio de razonabilidad– que dichas medidas deben hacer especial énfasis en las personas que sufren con mayor intensidad los efectos de la falta de albergue¹³⁰.

En ese sentido, el motivo por el cual el tribunal declaró la vulneración al derecho al acceso a una vivienda adecuada no fue la demora en la adjudicación de viviendas en beneficio de los demandantes, más bien, se debía a no haber puesto a disposición el aludido programa de vivienda, pese a las condiciones de precariedad que mostraban que eran el grupo más vulnerable y, por ende, el más necesitado. Asimismo, estipuló que “... “[a] la fecha de la interposición de esta demanda, el programa de vivienda del Estado no alcanzó a cumplir con los requerimientos del parágrafo b), en tanto no se tomaron las medidas razonables dentro de los recursos disponibles, para garantizar los derechos de las personas que no contaban con acceso a la tierra y sin techo, que viven en condiciones intolerables o críticas en el área metropolitana del Cabo”.

Como puede advertirse, las ordenes emitidas en la decisión de la Corte fueron abiertas y su cumplimiento requeriría de tiempo; así lo reconoció en la sentencia al reconocer que las condiciones precarias de las familias demandantes –así como la de muchos otros sudafricanos– era consecuencia de las políticas del *apartheid* implementadas¹³¹ durante un período de tiempo prolongado.

Por otra parte, en la primera audiencia convocada por la Corte para escuchar los argumentos de las partes, las autoridades gubernamentales presentaron una oferta dirigida a remediar la situación en la que se encontraban los demandantes “... [s] comprometieron a brindar hospedaje provisional [*temporary accomodation*] a sus integrantes hasta tanto no recibieran una solución definitiva a su problema habitacional. En ese sentido, aseguraron que al cabo de un cierto tiempo los demandantes serían beneficiarios del Plan de Solución Acelerada de Manejo de Tierras [*Accelerated Land Managed Settlement Programme*]. En cuanto a las condiciones específicas del

¹³⁰“Lo anterior se reflejaba fielmente en los hechos que rodearon la demanda promovida por la comunidad Grootboom: pese a que más del 50% de sus miembros eran menores de edad y a la penosa situación que enfrentaban, para el momento en que fue emitida la sentencia llevaban más de ocho años aguardando la entrega de una vivienda. Lo que resultaba más preocupante, a juicio del Tribunal, es que los demandantes no hubiesen recibido de las autoridades ningún tipo de auxilio que les ayudara a resolver, así fuese de modo transitorio, la difícil situación a la que se vieron abocados como consecuencia del desalojo”. Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 289.

¹³¹“La causa de la aguda crisis habitacional descansa fundamentalmente en el apartheid. Un aspecto central de esta política fue el sistema del “*influx control*” que tendía a evitar el asentamiento de africanos en áreas urbanas. Esta política fue implementada con más fuerza en Western Cape, donde el Gobierno favoreció la exclusión de “africanos” para darle preferencia a la comunidad “de color” mediante una política adoptada en 1954, conocida como “*coloured labor preference policy*.” En consecuencia, la entrega de viviendas familiares a “africanos” en la península del Cabo se congeló en 1962. Esto se extendió a otras áreas urbanas en el Western Cape en 1968”. Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 4 de octubre de 2000, caso CCT 11/00, asunto Irene Grootboom and Others vs. The Governmen to the Republic of South Africa and Others.

alojamiento temporal, ofrecieron a los residentes del campo deportivo un terreno demarcado en el que podrían asentarse. Allí contarían con la provisión de estructuras resistentes al agua, saneamiento básico, suministro de agua potable y con la implementación de un adecuado sistema para el manejo de residuos. La propuesta hecha por la Administración fue inmediatamente aceptada por los demandantes, por tanto, el Tribunal no agregó nada al respecto¹³².

No obstante, cuatro meses después de la aludida audiencia, los demandantes denunciaron el incumplimiento del acuerdo, pues no habían efectuado acciones necesarias para reubicar a la comunidad, ni se habían iniciado las obras de mejoramiento del campo en el que habitaban sus integrantes. En una nueva audiencia, la Corte especificó los deberes asumidos por las autoridades en el primer acuerdo.

Sin embargo, existieron retrasos e incumplimientos durante la implementación de la orden ocasionados por trámites burocráticos dentro de la administración, incumplimientos por parte de los contratistas encargados de la construcción de las viviendas e incluso actos de corrupción. Esta situación llevó a la frustración de la comunidad quienes incluso vieron fallecer a Irene Grootboom en espera del cumplimiento de los acuerdos.

Pese a ello, existen estudios que señalan que pese a los tropiezos que se presentaron especialmente en la fase inicial, el proceso de asignación de hogares concluyó de manera exitosa. No obstante, la frustración de la comunidad también fue consecuencia del cubrimiento mediático que tuvo la sentencia, lo que provocó una gran expectativa por parte de los integrantes de aquella, quienes asumieron que pronto recibirían una vivienda definitiva¹³³.

Los análisis realizados sobre los efectos de la sentencia Grootboom, indican que un año después de la aprobación de la sentencia, los Gobiernos de la Ciudad y de la Provincia Occidental del Cabo comenzaron a ejecutar un plan de reubicación de viviendas informales que inició en el área de Wallacedene. El programa sería ejecutado en diez etapas y permitiría a las familias elegir entre dos alternativas de vivienda: los hogares RDP, que debían su nombre al Plan de Reconstrucción y Desarrollo y eran fabricados por contratistas designados por el Estado, y la opción *People's Housing Process*, que basa su funcionamiento en la solidaridad vecinal y en la autogestión. Las personas que optaron por la última alternativa recibirían del Estado un subsidio económico para adquirir los materiales necesarios y se encargarían de edificar las viviendas por sus propios medios. El reasentamiento de la comunidad de Grootboom fue incluido dentro de la fase cuatro del programa, por lo que sus miembros debían aguardar entre cinco y seis años para recibir las llaves de sus nuevos hogares¹³⁴. Así, para el 2008 el proceso de construcción de viviendas de quienes se decantaron por esta alternativa se encontraba concluido.

Las personas que optaron por la primera opción tuvieron una suerte distinta, pues se presentaron problemas burocráticos y de corrupción que dilataron la ejecución del programa y fue hasta en el 2012 –12 años después del fallo– que el 90% de los miembros de la comunidad habían logrado acceder a un hogar permanente¹³⁵.

¹³²Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 290.

¹³³ Al respecto, Gutiérrez Beltrán cita dos investigaciones realizadas sobre los efectos del caso Grootboom, “*Housing Rights Litigation: Grootboom and Beyond*” de Malcolm Langford y “*A Strategic Evaluation of Public Interest Litigation in South Africa*” de Steven Budlender.

¹³⁴Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 293.

¹³⁵Ídem, 294.

Pese al aparente éxito –aunque dilatado– de los programas ejecutados por las autoridades sudafricanas para cumplir con lo ordenado por la Corte, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda expresó luego de su visita a Sudáfrica en el año 2008 encontró los nuevos hogares fueron construidos de manera apresurada, con una planeación y diseño deficientes sin haber consultado a las autoridades locales o los habitantes.

A nivel global el caso de Grootboom ha provocado opiniones encontradas respecto a los efectos. En el lado positivo se señala que el fallo marcó un precedente que garantiza a los poseedores y tenedores de predios destinados vivienda únicamente pueden ser desahuciados en la medida en que cuenten con un hospedaje alternativo al cual puedan recurrir. En tal sentido, los tribunales han entendido que la expulsión de residentes que no dispongan de esta opción constituye una violación al derecho a la vivienda adecuada, lo que ha implicado una disminución en el número de desalojos.

Asimismo, la sentencia incidió en las personas que carecen de un hogar adecuado o que enfrentan la amenaza de un desalojo, pues hoy conocen que pueden defender sus intereses ante los tribunales. En ese orden, se puede concluir que la sentencia en comento sirvió para prevenir los desahucios, para mejorar el suministro de servicios y para obligar a los municipios a innovar sus políticas públicas en materia de vivienda.

Ahora bien, para el sector que alega que la efectividad de la sentencia no fue lo esperado, pues consideran que las condiciones de vida de quienes plantearon su reclamo no mejoraron en el grado que estos esperaban. Según algunos autores, pese “... del potencial transformador que entraña, el discurso de los derechos económicos y sociales ha sido cómplice en vez de víctima, del incumplimiento de las necesidades que esos representan”¹³⁶. Y es que, la jurisprudencia resulta un elemento distractor para los movimientos sociales, los cuales dejaron de reclamar prestaciones concretas, como el suministro efectivo de viviendas o el acceso real a los servicios sociales, y pasaron a demandar únicamente el cumplimiento de abstractos de buen gobierno como el de razonabilidad. Y es que, en definitiva, la aplicación de las líneas jurisprudenciales servía únicamente para evitar el desalojo de las personas del inmueble precario en el que habitaba, sin que su situación mejorara ni se respetara su derecho a una vivienda digna.

Con relación a los efectos que tuvo la sentencia de Grootboom a las políticas públicas ha sido señalado como uno de los logros más significativos en la sociedad sudafricana. Gracias a la intervención de la Corte, el gobierno diseñó y adecuó su política pública de vivienda para ofrecer una atención especial a las personas más vulnerables, aquellas que habían perdido sus hogares debido a circunstancias extraordinarias.

Sin embargo, existen voces que objetan la implementación de la mencionada política pública, especialmente por considerar que no permite la participación directa de los ciudadanos¹³⁷.

¹³⁶Idem, 293.

¹³⁷Investigadores como Malcolm Langford y Kate Tissington indican que “... el procedimiento dispuesto para obtener acceso a las ayudas del programa [*Emergency Housing Policy*] los pone en una situación de dependencia absoluta frente a la administración municipal. Esto es así dado que tales peticiones únicamente pueden ser tramitadas por conducto de los municipios, con lo cual las personas carecen de instrumentos para solicitar por su cuenta el suministro de los subsidios a los que [...] tendían derecho”. Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 304.

Además, se señala que en algunas ciudades la política pública ha sido utilizada para cubrir el grave déficit de vivienda formal que presenta el país¹³⁸.

Pese a las críticas y deficiencias en las políticas públicas “inspiradas” en Grootboom, se ha invertido cantidades considerables en la implementación de diversos planes de acción que buscan menguar el grave problema de vivienda que existe en todo el país. Es decir, ha existido voluntad por parte del Estado de solventar el problema del déficit habitacional que presenta el país.

Sin embargo, el daño causado por los años del *apartheid* no ha logrado ser resuelto, incluso con la sentencia de Grootboom. Si bien se han producido cambios favorables en la manera en que las autoridades abordan la problemática, la falta de hogares adecuados se ha situado como uno de los mayores retos pendientes de solución en todo el territorio nacional

2 Control de constitucionalidad de las políticas públicas en Latinoamérica.

En democracias en proceso de consolidación como la mayor parte de Latinoamérica, se introdujeron mecanismos de control judicial de la Constitución cuya noción básica es imponer controles jurídicos al poder político en defensa de los derechos humanos y la supremacía constitucional, pues se estaba “... convencidos de que ello contribuiría a someter a las autoridades políticas al imperio del derecho”¹³⁹.

En este escenario, desde finales del siglo XX y el presente siglo XXI, la justicia constitucional en América Latina se ha instalado en la forma de tribunales o cortes constitucionales¹⁴⁰ (Chile, Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia, Guatemala y República Dominicana), así también como una nueva competencia de las Cortes Supremas (Brasil, México, Argentina), o de una sala especializada de éstas (Costa Rica, Venezuela y El Salvador). Esto pone en evidencia que el Estado de Derecho latinoamericano fundamenta su ordenamiento jurídico directamente en la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales y, “... dada la experiencia autoritaria, militar o civil, en la región, no puede haber justicia

¹³⁸Tissington expone que, en varios centros urbanos como Johannesburgo, El Cabo, Durban, existen varios lugares conocidos como áreas de reubicación temporal, en la que se alojan a los habitantes de asentamientos informales que han sido reubicados por las autoridades, en muchos casos sin contar con su aquiescencia. Estas personas son excluidas del censo de habitantes de viviendas informales puesto que no se encuentran en calidad de ocupantes y es la Administración la que se encarga de la gestión de dichos asentamientos. Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 305.

¹³⁹Javier Couso, “Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, *Revista de Ciencia Política*, Volumen XXIV, n° 2 (2004), 30, doi: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revcipol/v24n2/art02.pdf>

¹⁴⁰Bernal Pulido señala que el principio de supremacía de la Constitución en Latinoamérica no es una novedad, sino que se trajo al continente a partir de la segunda década del siglo XIX. Sin embargo, en la última era, el constitucionalismo en Latinoamérica ha tenido un auge. En algunos países se han proclamado algunos derechos fundamentales en la Constitución, así como la atribución de su protección a tribunales constitucionales especializados o a las tradicionales Cortes Supremas de Justicia. “Es esta, por tanto, la verdadera novedad y la característica principal del actual constitucionalismo o, mejor, neoconstitucionalismo, en América Latina”. Nicole Velasco Cano y Jairo Vladimir Llano, “Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano”, *Novum Jus, Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, Vol. 9, n° 2 (2015): 54, doi: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/16412/1/Teor%20del%20derecho%20neoconstitucionalismo%20y%20modelo%20de%20estado%20constitucional%20en%20el%20contexto%20colombiano.pdf>

constitucional, sino Derecho ni democracia, como tampoco puede haber democracia sin Derecho ni justicia constitucional”¹⁴¹.

En este modelo de Estado, la idea de un control judicial de la constitucional de las leyes es consustancial al Estado de derecho y, por tanto, consiste en un aspecto esencial en el proceso de consolidación de la democracia. Es decir, al poseer constituciones “justiciables” se requiere de un cuerpo independiente que tenga la facultad de controlar el respeto efectivo de la constitución por parte del resto de autoridades públicas, incluidos los otros poderes del Estado. Este control se soporta en parámetros jurídicos.

Ahora bien, el control de constitucionalidad no se ha limitado a verificar si las leyes son conformes a la Constitución. “El déficit de control político por parte del Congreso se ha intentado suplir con un activismo acentuado por parte de la jurisdicción, sobre todo de la jurisdicción constitucional”¹⁴². Con base en el principio de constitucionalidad, las cortes constitucionales han intentado controlar el ejercicio excesivo –especialmente– de los poderes presidenciales, llenando del vacío de control político con una extensión de su control jurídico.

Y es que, la crisis institucional y representatividad de los parlamentos y las cortes de la jurisdicción ordinaria permite marcar la importancia de la justicia constitucional, pues la ha convertido en una forma de canalizar y resolver jurídicamente “grandes cuestiones políticas y socioeconómicas”¹⁴³. Los sectores sociales se avocan a las cortes constitucionales con el objetivo de visibilizar su problema y obtener una solución a este. Es así, como las cortes ejercen un control de las políticas pública.

En este sentido, “...una de las transformaciones más extraordinarias que han sufrido los Estados latinoamericanos durante la transición a la democracia ha sido la expansión del control de constitucionalidad y la institución de cortes constitucionales para proteger los derechos fundamentales”.

Y es que, América Latina ha sido señalada reiteradamente como la región con mayores desigualdades sociales. Las brechas entre los estratos sociales altos y los pobres son marcadas. En ese orden, se mantienen condiciones de desigualdad, exclusión a las prestaciones de servicios básicos para la vida digna, conflictos culturales, lo que en definitiva evidencia la incapacidad de los Estados del continente en responder a lo prescrito en sus constituciones, es decir, no se han traducido en acciones o políticas públicas que permitan materializar dichos derechos¹⁴⁴.

¹⁴¹César Landa Arroyo, “Justicia Constitucional en América Latina”, *Revista IUS ET VERITAS*, n° 49, (2014): 109, doi: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13618>.

¹⁴²Velasco Cano, “Teoría del derecho, neoconstitucionalismo”, 55.

¹⁴³Alfonso Renato Vargas Murillo, “Reflexiones acerca de la relación entre justicia constitucional y formulación de políticas públicas con enfoque basado en derechos humanos”; *Revista Lex*, N° 24, (2019):51, doi: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1810/1946>

¹⁴⁴ En América Latina el diseño de las políticas públicas no se ha realizado bajo el enfoque de derechos, o al menos no se ha efectuado de la manera adecuada; ello “... obedece a diversas situaciones, en las que se destacan la desatención, la incompetencia o falta de capacidad, o incluso la intransigencia de los encargados de elaborarlas”. Quinche Ramírez, Fernando y Juan Camilo Rivera-Rugeles, “El control judicial de las políticas públicas como

De allí que, la importancia de la función de los jueces al ejercer el control de las políticas públicas no es solo una consecuencia lógica que deriva del carácter vinculante de la Constitución. “La práctica de los tribunales domésticos [América Latina] muestra que esta posibilidad puede concretarse en la realidad [...] evidenciando que los jueces han sido activos en el control de esas políticas”¹⁴⁵. Y es que, tal como se señaló, la protección deficiente de los derechos por medio de políticas públicas motiva a las personas afectadas a acudir ante las instancias judiciales para que se les brinde atención y se le brinde una respuesta eficaz a los derechos que han sido vulnerado.

En este sentido, las Cortes –especialmente las constitucionales– han tomado un rol más activo en las últimas décadas, desarrollando técnicas como la de Estado de Cosas Inconstitucionales con el fin de frenar la violación masiva de derechos derivadas de la ausencia de condiciones que permitan garantizar dichos derechos por parte de los órganos estatales. Esto se ha reforzado por implementación de los planes nacionales de Derechos Humanos que involucran a todas las entidades públicas en la promoción y participación en el proceso de formulación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos. Sin embargo, de la renuencia en muchos casos de las autoridades de implementar lo exhortado en las sentencias de este tipo, surge la necesidad de elaborar mecanismos de control de implementación que permitan mantener su legitimidad dentro del sistema de división de poderes y de frenos y contrapesos.

En ese orden, al tratarse de políticas públicas, su formulación, implementación y evaluación técnica, así como las actividades, decisiones o medidas dirigidas a cumplir ciertos objetivos relacionados deben estar encaminadas a la satisfacción de las necesidades de la población. Así, en la Constitución salvadoreña establece en su art. 1 que el origen y el fin del Estado es la persona, lo que implica que las acciones que emprenda el Estado, los planes y políticas diseñados por el gobierno deben tener como finalidad la satisfacción de las necesidades de las personas, esto es, deben buscar el disfrute de los derechos fundamentales.

En ese orden, la participación de las cortes en el control de las políticas públicas es una tendencia a nivel mundial en la que América Latina también ha sido partícipe. Ahora bien, el control judicial constitucional de las políticas difiere de país a país, pues este depende de diversos factores como el sistema judicial diseñado y el sistema político en sí mismo. Asimismo, presenta matices particulares dependiendo de la presencia o ausencia de factores políticos, normativos y culturales.

El profesor Mark Tushnet propone dos grandes categorías para ilustrar el alcance que puede tener el control judicial de las políticas públicas. De acuerdo con él, la práctica de los diversos tribunales constitucionales muestra dos formas de ejercer el control judicial: la forma débil (*weak form*) y la forma fuerte (*strong form*). Estas últimas, consisten en requerimientos obligatorios que detallan lo que deben hacer los sujetos intervinientes en las políticas públicas, por lo general determinan los objetivos que deben alcanzar, los cuales deben ser fácilmente medidos y ser cumplidos en plazos fijados por las autoridades judiciales. En cambio, las formas de control débiles no establecen en detalle lo que deben realizar los sujetos que intervienen en las políticas públicas,

instrumento de derechos humanos”; *Vniversitas*, N° 121 (2010):121, doi: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14424>.

¹⁴⁵Quince Ramírez, “El control judicial”, 122

sino que se concede la libertad para definir de qué modo cumplirán los mandatos de la Constitución, es decir, la decisión es de tipo declarativa, que se limita a señalar que en la política sometida a control se vulneran derechos, pero no especifican la manera cómo debe superarse tal infracción¹⁴⁶.

En los últimos años, distintas Cortes Constitucionales han impulsado políticas públicas a través de fallos. Una de las cortes más activas cuyas decisiones han servido como referente para la región es la Corte Constitucional de Colombia. Esta es un claro ejemplo de un control constitucional fuerte, especialmente en su conformación subjetiva de la primera década del siglo XXI. Esta Corte ha generado cambios en políticas referente al sistema carcelario¹⁴⁷, al sistema de salud¹⁴⁸, al problema de desplazamiento forzado¹⁴⁹, entre otras.

Estas decisiones de la Corte Constitucional implicaron la incidencia del control de constitucionalidad en aspectos que antes se entendían exclusivos para los órganos políticos del Estado: el Ejecutivo y el Legislativo. Sin embargo, ante las tutelas planteadas que demostraban la vulneración a derechos fundamentales de manera sistematizada, la Corte tuvo que garantizar los derechos de estas personas. Así, en el caso del problema carcelario, como consecuencia de la sentencia, el Estado construyó dos cárceles que palearían el hacinamiento en el que se encontraban los privados de libertad.

En sentido similar, en el caso del desplazamiento forzado, la decisión de la Corte Constitucional generó un espacio para la disertación entre las instituciones involucradas, especialmente en la fase de seguimiento del cumplimiento de la sentencia, que permitió estructurar programas de acción para mejorar la capacidad institucional para dar una mejor respuesta a la problemática.

Como puede advertirse, el control de constitucionalidad se concibió en Latinoamérica – siguiendo los modelos europeos y estadounidense– como un mecanismo de control jurídico objetivo y de carácter negativo con el fin de proteger los derechos fundamentales. Sin embargo, el

¹⁴⁶ Fernando Quinche Ramírez, y Juan Camilo Rivera-Rugeles, “*El control judicial de las políticas públicas como instrumento de derechos humanos*”; Vniversitas, (Colombia) N° 121:113-138, (2010); <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14424>.

¹⁴⁷En 1998 la Corte Constitucional emitió dos sentencias (T-153 y T-606) que abordaron el asunto más allá de los planteamientos fácticos de cada caso y declaró que en las cárceles colombianas existían un inadmisibles estado de cosas inconstitucional, en el que imperaba la negación de los derechos humanos más básicos de forma sistemática y con la indiferencia de las autoridades responsables. La Corte constató que la situación narrada en las demandas no era aislada, sino que consistía en una situación habitual en las cárceles del país, en las que se carecía de un programa que pretendiera abordar o remediar ese problema estructural. Néstor Osuna, "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia." *Justicia constitucional y derechos fundamentales* 5 (2015).

¹⁴⁸La sentencia T-760 de 2008 abordó el sistema de salud en Colombia. Dicha decisión será analizada en el capítulo IV de esta investigación.

¹⁴⁹El 22 de enero de 2004 la Corte Constitucional colombiana dictó la sentencia T-025 en la que declaró que la situación de más de tres millones de personas desplazadas por la violencia en Colombia constituye un estado de cosas inconstitucional. Al aplicar esta figura estableció que existe una violación masiva y reiterada de los derechos humanos de la población desplazada, y que las fallas estructurales de las políticas del Estado colombiano son un factor central que contribuye a ella. César Rodríguez y Diana Rodríguez, "Las cortes y el cambio social estructural: los efectos del constitucionalismo progresista." (2010).

transcurso del tiempo y especialmente las condiciones de desigualdad que caracterizan a la región “... se ha transformado en un control con claros tintes políticos, en el que ya no se discute acerca del contraste entre la ley y la Constitución, sino sobre la conveniencia o coherencia de ciertas políticas públicas”¹⁵⁰.

3. Sentencias estructurales

Tal como se señaló en el apartado anterior, la crisis en las instituciones y en la democracia representativa ha potenciado el papel de la jurisdicción constitucional como un mecanismo efectivo para corregir o incidir en las políticas públicas que afectan derechos fundamentales de las personas.

Los tribunales constitucionales utilizan las denominadas sentencias estructurales¹⁵¹ o macrosentencias para lograr este impacto que trasciende el caso concreto. Este tipo de decisiones judiciales procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos ordenando a las autoridades el diseño y la implementación de políticas públicas¹⁵².

Las sentencias estructurales poseen ciertas características que las distinguen de otro tipo de decisiones judiciales, aun cuando estas sean emitidas por las altas cortes –constitucionales– y posean connotación nacional. Estas características son: *i*) por el gran número de personas cuyos derechos son objeto de protección judicial; *ii*) por la casusa generadora de la violación de los derechos, que por lo general consiste en un bloqueo institucional; *iii*) por la complejidad de las órdenes emitidas en la sentencia, y *iv*) en los casos más complejos, la aprobación de la sentencia no concluye el proceso judicial, más bien, marca el inicio a la fase de seguimiento en la que se evalúa el cumplimiento de las órdenes emitidas¹⁵³.

En cuanto a la primera característica, el número de personas cuyos derechos son objeto de protección, esto no significa que todas ellas hayan comparecido ante el tribunal constitucional a plantear una demanda, sino que, los efectos de la sentencia trascenderán la esfera jurídica de los sujetos procesales hacia todo un grupo de la población o bien, a la sociedad entera.

Ahora bien, es necesario distinguir entre un amparo estructural con otras actuaciones judiciales, como es el caso de los derechos colectivos o difusos. Si bien es cierto que la primera característica del amparo estructural apunta a la gran cantidad de sujetos que serán beneficiados por la decisión del tribunal, lo que obliga a considerar la similitud que guarda con los amparos que tutelan derechos difusos y colectivos, estos se distinguen en su esencia.

Las acciones ideadas para la protección de derechos colectivos inician con una vocación global. Y es que, el tipo de derechos que protegen –especialmente en los difusos– se caracterizan

¹⁵⁰Nicole Velasco Cano y Jairo Vladimir Llano, “Teoría del derecho, neoconstitucionalismo”, 56.

¹⁵¹El origen del término y de la figura se encuentra probablemente en, en los *structural injunctions* de la jurisprudencia estadounidense, que reporta, desde mediados del siglo pasado, casos en los que distintos jueces adoptaron medidas para conjurar situaciones graves y generalizadas que resultaban incompatibles con la Constitución. Néstor Osuna, “Las sentencias estructurales”, 92.

¹⁵²Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 304.

¹⁵³Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 12.

por tener una titularidad colectiva y no individual¹⁵⁴. En cambio, en los amparos estructurales, se da "... la transformación del papel que terminan desempeñando acciones judiciales que han sido concebidas para la protección de derechos marcadamente individuales"¹⁵⁵. Este giro que conduce del amparo ordinario al amparo estructural de los derechos no ocurre en las acciones que pretenden la protección de derechos colectivos, pues estas desde un inicio se espera que desplieguen efectos globales que afecten a la totalidad de quienes son titulares del derecho colectivo.

Con relación a la característica cabe destacar que las sentencias estructurales versan sobre la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales. Y es que, al tratarse de vulneraciones sistematizadas y prolongadas en el tiempo, por lo general las afectaciones a derechos fundamentales serán múltiples considerando que estos se encuentran interrelacionados.

En cuanto a la segunda característica de las sentencias estructurales se señaló que el bloqueo institucional es la causa que incita los litigios estructurales. La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos de las personas, "...la adopción de prácticas inconstitucionales, como la exigencia de incorporar la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado"¹⁵⁶, así como la falta de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos es la que provoca a que el tribunal constitucional no se limite a resolver el caso concreto que se le plantee, pues se evidencia que la problemática subyace en razones estructurales.

Por lo general, previo a la decisión estructural, se evidencia una alta litigiosidad sobre temas relacionados que afectan a las personas –*v.gr.* sobre el sistema de salud pública, falta de vacunas, hacinamiento carcelario, etc.–, que demuestran la existencia de una problemática sistémica. Ahora bien, cuando el tribunal constitucional decide abordar esta problemática de manera global, no se trata de una sumatoria de casos individuales que han coincidido al azar, sino que este conocerá debido a la anulación del poder de respuesta del Estado frente a un contexto social crítico¹⁵⁷.

En tal sentido, los jueces justifican su involucramiento en la solución de asuntos que comúnmente están encomendados a otras instancias. Es decir, las omisiones y negligencia de las

¹⁵⁴La Sala de lo Constitucional ha admitido la posibilidad de aceptar una legitimación activa amplia sobre intereses difusos y colectivos, que sea capaz de trascender a los efectos *inter partes*, lo que dependerá de la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar. En el caso del *interés colectivo*, el sujeto al que aparecen imputados los bienes a los que el interés se refiere es individualizado o individualizable, en la medida en que aparece relacionado con colectividades de carácter permanente y vinculadas a la consecución de los fines que las caracterizan. En cambio, la conformación de un *interés difuso* surge ante el *elemento objetivo* de la presencia de una necesidad y la falta de medios para satisfacerla, y el *elemento subjetivo* de la desprotección o *afectación común* que impulsa a los sujetos a utilizar los instrumentos para ser protegidos en la conservación y defensa del referido interés. Sala de lo Constitucional, sentencia 4-III-2011, pronunciada en el Amp. 934-2007.

¹⁵⁵Gutiérrez Beltrán, "El amparo estructural", 17.

¹⁵⁶Néstor Osuna, "Las sentencias estructurales", 112.

¹⁵⁷No obstante, esta afirmación es preciso acotar que no todos los casos estructurales tienen tal origen. Se ha indicado que sus causas son completamente disimiles en sus circunstancias fácticas e incluso jurídica. Néstor Osuna, "Las sentencias estructurales", 113.

autoridades obligadas, serviría de sustento a las cortes constitucionales para dictar medidas judiciales de carácter excepcional.

La ciencia política ha señalado que el trasfondo de los litigios estructurales se encuentra algún tipo de bloqueo institucional que "... ha capturado la capacidad de respuesta de la organización estatal y que, en consecuencia, ha generado ciclos de inercia en su funcionamiento [por ello] la actividad de los jueces busca remover los obstáculos que dificultan el cumplimiento de las tareas que a cada autoridad corresponde"¹⁵⁸. En ese orden, el tribunal coadyuva a solventar el estancamiento en que se encuentran las instituciones: a través de la implementación de la decisión judicial, los órganos competentes podrán asumir el ejercicio de las competencias que les corresponde y continuar con estas.

Otra de las características de las sentencias estructurales es su complejidad. Y es que, la problemática social que se aborda en la decisión judicial es de tal magnitud que requiere del involucramiento de varias entidades, ya que la solución necesita de medidas multisectorial; asimismo, exige un nivel de recursos que demandan un esfuerzo presupuestal adicional importante.

La complejidad de las sentencias estructurales deviene en que estas no contienen los típicos mandatos de dar hacer o no hacer, sino que las decisiones conllevan actuaciones poco ortodoxas que requiere un verdadero esfuerzo institucional.

Un ejemplo de lo anterior es la sentencia T-025 de 2004 emitida por la Corte Constitucional colombiana. Cuando la Corte constató que una de las causas de la grave situación en que se encontraban las víctimas de desplazamiento forzado era la insuficiente provisión de recursos del erario público, ordenó a que se fijara el presupuesto necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de estas personas. El Estado quedó obligado a informar al tribunal cuál sería el mecanismo para asegurar la obtención de dichos recursos y, finalmente, a dar cuenta del plan de contingencia que habría de ser empleado en el supuesto en que los recursos no se asignaran oportunamente. La Corte no se arrogó la facultad de determinar unilateralmente el monto presupuestal que el Estado debía emplear para atender a la población desplazada, pero exigió a los órganos responsables que efectuaran el cálculo correspondiente¹⁵⁹.

La última característica mencionada de las sentencias estructurales es el proceso de seguimiento que realizan los tribunales con el objetivo de evaluar el cumplimiento de las órdenes emitidas. Debido a la complejidad de los mandatos y al número de entidades involucradas, han obligado a que, en diversos casos, los tribunales verifiquen su acatamiento.

La regla general en los procesos judiciales es que, una vez dictada la sentencia, a las partes solo les queda cumplir con el fallo o, de subsistir su inconformidad, interponer los recursos permitidos por la ley.

¹⁵⁸Ídem, 115.

¹⁵⁹Este tipo de decisiones en las que la corte no se arroga totalmente las competencias de los otros entes estatales, les permite tener una mayor legitimidad democrática pues, en vez de usurpar el ejercicio de competencias ajenas, la autoridad responsable conserva sus atribuciones y hace uso de ellas dentro del margen de configuración que surge con ocasión del intercambio con el Tribunal Constitucional. Gutiérrez Beltrán, "El amparo estructural", 23

En todo caso, la sentencia da por terminado el proceso, esto es el diálogo que ha establecido el juez con las partes¹⁶⁰. Ahora bien, los casos resueltos mediante una decisión estructural no concluyen con la expedición del fallo, más bien la verificación del acatamiento de las órdenes impuestas es un punto crucial de estas decisiones.

En tal sentido, la sentencia deja de ser la conclusión del proceso judicial y se convierte en un punto de inflexión desde el cual las exigencias sociales se hacen aún más intensas. Y es que, las órdenes estructurales no pretenden cerrar el proceso, más bien, dado que en el mayor número de casos la pasividad y negligencia del Estado son, en buena medida, los problemas de fondo, la sentencia se convierte en un punto de partida cuya finalidad es estimular las estructuras adormiladas de la organización estatal que poseen responsabilidad.

Ahora bien, la etapa de seguimiento no se da en todos los casos, sino que únicamente en los que revisten más complejidad en su cumplimiento, ello no significa que las decisiones estructurales que no poseen esta fase no posean tal naturaleza. Es decir, el seguimiento se da en los casos más complejos dentro de esta gama de casos difíciles.

En conclusión, lo determinante en este tipo de fallo es el “giro tutelar”, esto es la transformación de la vocación del amparo –marcadamente individualista o *interparte*– hacia un mecanismo que pretende una protección más global o estructural.

4. El estado de cosas inconstitucional.

La figura del “estado de cosas inconstitucional” ha sido una creación jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana con la que pretende coadyuvar a la reducción, en casos determinados, la evidente separación que existe entre “... las consagraciones de la normatividad y la realidad social de un país tan particularmente garantista en sus normas como desigual en su realidad”¹⁶¹

En al menos trece situaciones¹⁶², la Corte Constitucional ha declarado el llamado estado de cosas inconstitucional para sustentar sus decisiones que pretenden remediar los problemas estructurales que generan las violaciones a los derechos fundamentales de las personas.

¹⁶⁰La sentencia explica el sentido del diálogo ocurrido en el proceso, no solo desde la perspectiva puramente jurídica, sino también ética, en la medida que el juez cuenta con las distintas versiones de las partes, recaudadas gracias al intercambio de razones y argumentos, se encuentra legitimado para solventar con autoridad la controversia. Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 25.

¹⁶¹Leonardo García Jaramillo, “Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: a propósito del estado de cosas inconstitucional”, *Estudios de Derecho* 68.152 (2011): 92, doi: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/11380>

¹⁶²La Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en los siguientes asuntos: la omisión en la inclusión de docentes cotizantes al fondo prestacional del magisterio, la violación de derechos de sindicatos y reclusos (salud, seguridad social y por hacinamiento), la falta de protección a la vida de los defensores de derechos humanos, la ineficiencia administrativa en la Caja Nacional de Previsión para el trámite de pensiones de jubilación y mora reiterada en resolver derechos de petición, la dilación injustificada en la liquidación y pago de pensiones, el desplazamiento forzado por violencia y la omisión de convocatoria a concurso público para la carrera notarial. García Jaramillo, “Aproximación a la discusión”, 94.

En la sentencia T-153 en la que abordó la problemática del hacinamiento carcelario, la Corte Constitucional señaló que “... está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas”.

De lo anterior, se puede deducir que el estado de cosas inconstitucional la contradicción a la Constitución no deriva del contraste de una norma del ordenamiento jurídico con aquella, más bien son “... los hechos que involucran la violación de derechos fundamentales en intensidad profunda, los que se contrastan con los contenidos de la Constitución”¹⁶³. Es decir, no se controla una ley o un acto de la Administración o de alguno de sus órganos, sino que se juzga una realidad; por ello, se ha señalado que esta figura es una de las principales doctrinas judiciales que se han implementado para reducir la disociación entre el derecho y la realidad.

A través de esta técnica, la Corte confronta la realidad con un juicio normativo y concluye si está ante situaciones que no son compatibles con la Constitución; de esta manera, se pretende contribuir a la transformación de una realidad más allá del caso concreto, para que el contexto en el que se encuentra el caso en concreto se acerque un poco más a los principios constitucionales¹⁶⁴.

En tal sentido, la declaratoria de estados de cosas inconstitucionales se sustenta en la necesidad de proteger los derechos constitucionales –en particular los derechos sociales– de un grupo numeroso de personas que, por un período prolongado, han sufrido una violación sistemática de los mismos y no han logrado obtener la atención debida a su problemática pese a las solicitudes efectuadas por las vías ordinarias.

La Corte Constitucional ha señalado dos condiciones esenciales para declarar el estado de cosas inconstitucionales: la vulneración sistemática a derechos fundamentales a muchas personas que podrían por tanto recurrir a la tutela para solicitar que se les protejan sus derechos y, la desprotección no solo deriva de la pasividad o inacción o acción insuficiente, de las autoridades demandadas, sino que implica factores estructurales.

En ese orden, las causas por las cuales se plantean en este tipo de amparo están relacionadas con problemas estructurales que se trasladan a las políticas públicas que consisten en acciones u omisiones estatales en el diseño, implementación seguimiento de las políticas públicas. Es decir, la deficiencia se genera en cualquiera de las etapas de estructuración de las políticas pública o en todas y en distintas medidas; consecuentemente, se han desechado de forma sistemática y prolongada los diversos tipos de garantías o se han vulnerado de manera directa y generalizada los derechos fundamentales de un número considerable de personas, quienes generalmente son parte de la población más desfavorecida y vulnerable.

En tal sentido, la intervención de la Corte permite que la problemática que ha permanecido desatendida por un período prolongado se logre visualizar. La declaratoria de un estado de cosas

¹⁶³Diego Armando Yáñez Meza, “Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas”, *Estudios de Derecho -Estud. Derecho-* Vol. LXXI. N° 157, (2014): 256, doi: <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/21664/17853>

¹⁶⁴García Jaramillo, “Aproximación a la discusión”,87.

inconstitucional permite –desde la perspectiva del proceso de formación de las políticas públicas– “... identificar un asunto y justificar que sea definido como problema que debe fijarse en la agenda”¹⁶⁵.

Ahora bien, es preciso destacar que la Corte Constitucional colombiana pese a ser un tribunal activo y progresista, no es quien se encarga de formular propuestas de políticas concretas, analizar las acciones puntuales que considere idóneas para brindar una solución a la problemática, ni mucho menos ejecutar la política mediante la implementación de tales medidas; más bien, la Corte respeta la competencia del ejecutivo en la materialización de la política.

La inserción de la Corte en el proceso de formación de políticas públicas es notable al inicio y al final de este. Como se señaló antes, la declaratoria de un estado de cosas inconstitucionales ilumina una situación violatoria de derechos había permanecido en la penumbra por mucho tiempo por la desidia de los poderes políticos para impulsar las medidas adecuadas.

La intervención de la Corte en este proceso de formulación de políticas públicas se puede visualizar en tres fases: la primera, en la que interviene protegiendo un derecho social en un caso concreto en el que emite una orden específica de garantía a ese derecho; las segunda tiene que ver con la trascendencia de los efectos del caso particular, pues aquí la Corte emite órdenes para que se diseñe un programa de atención integral; es decir, una vez ha verificado la realidad y la ha confrontado con la Constitución, la Corte dará los lineamientos generales que servirán para que el Ejecutivo y Legislativo elaboren la política pública atendiendo los criterios de la Corte.

Los mandatos estructurales y criterios que iluminan las posibles soluciones a la problemática están acompañados de plazos, de tal manera que el procedimiento de restablecimiento del derecho sea medible y verificable. Así, en la última fase que corresponde al seguimiento o verificación de lo ordenado. La Corte no se desatiende del caso luego de haber impartido las órdenes, sino que exige el rendimiento de informes periódicos. En tal sentido, la Corte “...agrega una serie de órdenes encaminadas a dinamizar procesos y a establecer parámetros sustantivos para evaluar los resultados de esos procesos, lo cual es acompañado con un seguimiento para evaluar si las órdenes impartidas fueron cumplidas o no, y en qué grado”.

En el caso de El Salvador, la Sala de lo Constitucional ha declarado un estado de cosas inconstitucionales en algunos casos en los que se ha evidenciado una vulneración sistematizada a derechos constitucionales. Sin embargo, se advierte que, pese a que se emitieron mandatos que involucran a diversas entidades estatales y que conllevan cambios estructurales, la Sala no ha dado seguimiento a las órdenes emitidas con el fin de verificar su cumplimiento.

En el caso del habeas corpus 119-2014¹⁶⁶, ante las graves condiciones de hacinamiento en los centros penitenciarios se constató las múltiples vulneraciones a los derechos de la población reclusa y la desidia por parte de los órganos estatales para solventar la situación. Así, en la sentencia del aludido proceso se indicó que “... en virtud de la situación en que se encuentran los privados de libertad, que ha sido evidenciada en esta sentencia caracterizada por hacinamiento crítico, insalubridad, desatención de salud, propensión a la violencia y carencia de control de los

¹⁶⁵ García Jaramillo, “Aproximación a la discusión”, 103.

¹⁶⁶ Sala de lo Constitucional, sentencia de 27 de mayo de 2016, habeas corpus 119-2014.

internos por parte de la administración penitenciaria, se trata de un estado de cosas inconstitucional que debe ser solventado con la participación de diversas autoridades, con fundamento en las atribuciones establecidas en la Constitución, tratados internacionales suscritos por El Salvador y demás normativa”.

En la sentencia de 13 de julio de 2018 pronunciada en el amparo 411-2017 se declaró que “... en El Salvador existe un fenómeno de desplazamiento forzado de personas que tiene origen en el contexto de violencia e inseguridad que afecta gravemente a colectivos vulnerables de distintas zonas geográficas del país controladas por las pandillas y en las afectaciones sistemáticas a derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, entre otros, causadas por la criminalidad organizada, principalmente por los referidos grupos delictivos, lo cual constituye un estado de cosas inconstitucionales ...”.

En ambos procesos, la Sala de lo Constitucional retomó los casos concretos planteados y los utilizó para resaltar las circunstancias graves en las que se encontraban no solo los demandantes sino un sector de la población, así como el abandono o pasividad por parte de las instituciones estatales lo que generaba la vulneración de derechos fundamentales de manera reiterada y sistemática, evidenciándose la existencia de un problema estructural que requería de iguales medidas para su solución.

En el caso del desplazamiento forzado, las órdenes emitidas por la Sala de lo Constitucional estaban dirigidas a distintas entidades estatales. El primer mandato que emitió la Sala colocó la problemática en la agenda pública: “...reconocer a las víctimas de violencia y del desplazamiento forzado dicha calidad, como sujetos de derechos, y categorizarlos normativamente, para lo cual se deberá revisar y emitir la legislación especial orientada a la protección de víctimas y testigos”. Anteriormente, el gobierno negaba la existencia del problema de inseguridad que llevaba a las personas a huir de sus lugares de residencia, lógicamente, la falta de reconocimiento no permitía que la problemática fuese abordada para su solución.

En conclusión, la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales ha permitido que los tribunales constitucionales –siguiendo la doctrina de la Corte colombiana– justifiquen su intervención en el proceso de formación de políticas públicas.

CAPÍTULO 3

EI JUEZ CONSTITUCIONAL COMO ACTOR POLÍTICO.

1. Las Corte Constitucional como actor político.

1.1 La relación de las Cortes Constitucionales y los otros Poderes políticos.

En un Estado de Derecho¹⁶⁷ impera el respeto a la democracia, al principio de supremacía constitucional y a los derechos humanos, así como la existencia de controles. Para ello, la misma Constitución establece mecanismos de defensa que operan en diversos niveles cuyo objetivo principal es la contención del poder cuando amenacen alguno de estos cuatro ejes esenciales para el Estado de Derecho.

Tal como lo expresa Manuel Aragón, la vigencia de la Constitución depende de su capacidad de realización, es decir de su efectividad normativa, lo que requiere la cooperación, responsabilidad y el control de los poderes¹⁶⁸. Y es que, el ejercicio del poder conlleva implícitamente la posibilidad –para quien lo detente– de abusar de este.

Por ello, es necesario que el mismo poder frene todos aquellos intentos arbitrarios de exceso, esto conduce a su distribución en diferentes órganos, así como al establecimiento de mecanismos de control que “... permitan verificar que efectivamente cada órgano lo ejerce con observancia de la competencia, atribución y alcance prevista por la normativa constitucional”¹⁶⁹.

En ese orden, para que pueda existir y funcionar efectivamente la democracia y se pueda asegurar la protección de los derechos humanos y la supremacía constitucional, es necesario que exista un marco constitucional donde se encuentren establecidos los controles del poder¹⁷⁰. De tal manera que, los distintos poderes estatales puedan limitarse mutuamente mediante su separación y distribución de funciones, así como tener la posibilidad de frenar al poder que pretenda desbordarse.

¹⁶⁷ Si a ello le agregamos la característica de ser un Estado Constitucional de Derecho, se entiende al Estado como la forma política que surge de la una Constitución democrática. Manuel Aragón, “Constitución y control del poder. Introducción de una teoría constitucional del control” (2002): 82.

¹⁶⁸ Aragón, “Constitución y control del poder”, 27.

¹⁶⁹ Salvador Enrique Anaya, “Nociones básicas sobre el concepto de Constitución”, *Teoría de la Constitución* (2020):19.

¹⁷⁰ Los mecanismos de control son herramientas fundamentales, con las cuales se puede impedir en cierto momento la tendencia negativa de uno de los órganos del poder hacia las demás, así como se expuso, dichas herramientas deberían estar en la Constitución misma. Pues es la Constitución como marco normativo fundamental, la que puede evitar ciertos excesos de poder a través de sus disposiciones, y como se dijo, de su rigidez depende la estabilidad de un sistema democrático, ya que una Constitución flexible en cuanto al poder de reforma constitucional en sus aspectos fundamentales, no garantiza estabilidad, ni equilibrio real en un Estado moderno, y puede ser propensa al despotismo. Diego Armando Guerrero García, “Pesos, contrapesos y juicio de sustitución: Jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a los ajustes de Ingeniería Constitucional en Colombia.” (tesis de maestría, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2014), 15, doi: <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/47135>

Debido a la importancia de la existencia y efectividad de los controles para la existencia y subsistencia de un Estado Democrático, estos controles se han ampliado y enriquecido desde la doctrina y en la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantías de una compleja división y limitación del poder. Así, se habla de controles de tipo político, económico, social y de técnica jurídica¹⁷¹.

De manera general, el control de técnica jurídica le corresponde al Órgano Judicial; este debe de revisar la actividad e inactividad de los órganos que ejercen el Poder Público, deberá verificar que las distintas funciones estatales –legislativa, administrativa o jurisdiccional– se ejerzan con sujeción a la Constitución y a las leyes.

Ahora bien, dentro de los controles de técnica jurídica está la jurisdicción constitucional ejercida por un ente técnico e imparcial, al que se le atribuye ser el último guardián de la Constitución. Esto requerirá que el tribunal constitucional actúe como un vigilante que señala los límites a los otros Poderes estatales.

Los tribunales constitucionales realizan un rol de regulador de la constitucionalidad de la acción estatal. De allí su importancia en el Estado de Derecho al asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida en la Ley Fundamental, aspecto esencial en un verdadero Estado constitucional de Derecho.

La función de los órganos de control constitucional ha ido evolucionado conforme a la estabilidad política que se ha ido alcanzando; así, pasó de ser un “legislador negativo” hacia un “legislador positivo” pues mediante la interpretación, corrección o mandato de legislación crean normas jurídicas efectuando un control más activo.

En tal sentido, las cortes o tribunales constitucionales ejercen un control reforzado a través de métodos jurisdiccionales en el que se verifica la constitucionalidad de las actuaciones de los distintos órganos estatales. “Tal control tiene como finalidad contribuir a que el dinamismo y la concurrencia de intereses, objetivos y valores inherentes a la vida política se mantenga dentro de los parámetros y límites constitucionales. Como parte de su función general de control, el Tribunal ejerce una acción de regulación entendiendo por tal aquella operación mediante la cual se neutralizan los disturbios y obstáculos al funcionamiento constitucional del sistema político”¹⁷².

¹⁷¹ Con el objeto de sistematizar las implicaciones de esta materia extensa y compleja que comprende el concepto genérico de la defensa de la Constitución, se puede clasificaren dos categorías fundamentales: protección de la Constitución, la cual integra a todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad y la protección jurisdiccional, que hace referencia a los mecanismos procesales de protección de la Constitución d ellos derechos reconocidos en la misma. Manuel Montecinos Giralt, “Defensa de la Constitución”, *Teoría de la Constitución* (2020): 250.

¹⁷²Manuel García-Pelayo, "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional* 1 (1981): 30.

1.2 La Judicialización de las políticas públicas.

Los cambios sociales provocados por una mayor complejidad de las relaciones subjetivas, los nuevos valores y creencias de las personas, han evidenciado la insuficiencia de los remedios jurídicos tradicionales, pese a ello, la mayor conflictividad real desemboca en la jurisdicción, por lo que esta se enfrenta a demandas cada vez más complejas.

Asimismo, existen otras causas que atañen al aparato estatal que contribuyen al fenómeno de la expansión de la jurisdicción, entre estas se puede mencionar al “inflación legislativa”, es decir la “... creciente esfumación de la ley, por la recurrencia a preceptos abiertos, flexibles, conceptos indeterminados, sus contrastes y lagunas...”¹⁷³ que terminan trasladando a los jueces funciones integrativas y de suplencia judicial.

Asimismo, cuando los órganos políticos ejercen sus funciones omitiendo cumplir los mandatos de la Constitución o minimizándolos. Ello, implicará un vacío normativo que generalmente desemboca en la jurisdicción, ya sea que se trate de conflictos individuales o el diseño total o parcial de una política pública. “La omisión Legislativa, por razones múltiples que incluyen inoperancia, desidia, incapacidad lisa y llana, y aún la elusión implícita de la solución de los problemas, deriva en un desplazamiento de responsabilidad en flagrante menoscabo de la institucionalidad que compromete la misión jurisdiccional, porque los jueces no están naturalmente preparados para la función de gobierno, Y de ahí que, a menudo, queden inopinadamente embretados en las oscuras tramas del juego político, en un terreno que no siempre les resulta propicio”¹⁷⁴.

En ese orden, las omisiones más gravosas de las autoridades legislativas y administrativas desembocan en manos de los jueces quienes se ven impelidos a resolverlas pese a los vacíos legales que puedan existir. Es precisamente al llenar de contenido las ambigüedades o lagunas legislativas que pudieran suscitar. En tal sentido, los tribunales ejercen una especie de “suplencia” de los órganos tradicionalmente políticos, por ello se ha señalado que “... no se trata de ejercer el poder de control sino de un poder de suplencia Legislativa, directamente operativo de la Constitución para tutelar los derechos fundamentales”¹⁷⁵:

2. El rol del juez constitucional ante las políticas públicas

Los tribunales constitucionales no siempre son vistos como actores políticos debido a las características que le atribuimos a un sistema judicial tales como la independencia, imparcialidad y, por ende, apolítico.

Si bien tales características deben de existir para el correcto funcionamiento de la justicia en un país, esto no significa que las decisiones judiciales, especialmente las de los tribunales o cortes constitucionales no puedan tener cierta tendencia política y, lógicamente un efecto en las políticas públicas de un país.

¹⁷³Roberto Omar Berizonce, “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas” *Revistas ICDP* 36.36 (2015), doi: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/63/pdf>

¹⁷⁴Roberto Omar Berizonce, *Activismo judicial*.

¹⁷⁵Roberto Omar Berizonce, *Activismo judicial*.

Los tribunales constitucionales al ejercer su función manifiestan tendencias políticas que pueden ser de carácter subjetivo u objetivo. El primero está relacionado con la elección y conformación subjetiva del tribunal y el segundo con relación a la línea jurisprudencial de sus fallos que revela una “tendencia política” que puede ser considerada como conservadora, moderada o progresista, según el grado de sensibilidad hacia la agenda social “... postergada por los otros órganos del Estado o del control de los actos del ejecutivo o el legislativo a través de sus fallos, definiendo en última instancia las relaciones políticas entre el Tribunal Constitucional y los otros poderes del Estado, transformándose de esta forma en un macro poder o en el soporte del equilibrio del juego democrático”¹⁷⁶.

En tal sentido, a partir de la última década del siglo XX¹⁷⁷, se viene considerando a los jueces –principalmente a los constitucionales– como actores políticos. Las cortes o tribunales constitucionales se convirtieron en instituciones relevantes que pueden influir en las políticas públicas.

En tal sentido, las cortes constitucionales pueden asumir roles tradicionales o pasivos frente a los aspectos que históricamente se han entendido como de naturaleza políticas y, por ende, ajenos al control jurisdiccional, o pueden adoptar un papel más activo, priorizando la aplicabilidad directa de la Constitución en todos los ámbitos del Estado.

Al respecto, se ha argumentado que el control de constitucionalidad se puede entender desde un modelo constitucionalista judicialista o desde el modelo democrático o legalista. Para el primero, la Constitución contiene un proyecto político que deja poco margen de maniobra al legislador, a quien le correspondería su ejecución, mientras que a los jueces les tocaría, vía interpretación y con facultades intensas para ello, determinar los límites con base en la ley primaria; para el segundo, la Constitución únicamente fija reglas fundamentales del juego y deja al legislador –representante del pueblo–, un amplio margen para realizar sus opciones políticas; en tal sentido, la jurisdicción constitucional solamente debe actuar si el poder traspasa las fronteras de la Constitución¹⁷⁸.

Pese a las corrientes negativas hacia la intervención judicial en cuestiones políticas, el desempeño de las cortes constitucionales en estas áreas es un fenómeno cada vez más frecuente en la realidad actual debido a las posturas doctrinarias que abogan por la reducción de zonas exentas de control constitucional, así como los reclamos que son planteados por la población ante ella.

¹⁷⁶Omar Sumaria Benavente, y Karla Sofía Vassallo Efftha, “Un nuevo actor político: La participación de los tribunales constitucionales en la elaboración de las políticas públicas”, *Derecho & Sociedad* (2013): 122, doi: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12794>.

¹⁷⁷Previamente, durante la década de los 80’s en Latinoamérica prevalecieron los regímenes militares, crisis económicas e inestabilidad, lo cual no propiciaba un ambiente adecuado para la independencia judicial, los pesos y contrapesos y la protección de los derechos fundamentales. Las cortes constitucionales no tenían el suficiente poder para rechazar la normativa contraria a los principios constitucionales, por ello los académicos, los hacedores de políticas públicas y la población en general consideraban el papel de las cortes como irrelevante para las políticas de la región. Mariana Magaldi de Sousa, “How courts engage in the policy making process in Latin America: the different functions of the judiciary”, *Democracy How works* (2010): 79.

¹⁷⁸Néstor Pedro Sagües, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2011): 530.

Ahora bien, es cierto que en las últimas décadas se ha aceptado con mayor apacibilidad la idea de jueces constitucionales interviniendo en las políticas públicas de los gobiernos. Sin embargo, no se ha precisado el grado ni el efecto de esta intervención en cada una de las etapas del ciclo de las políticas públicas. Es decir, no hay indicadores en cuanto al nivel de su participación, relevancia y efectos que tienen las decisiones judiciales en cada una de las fases que comprenden el procedimiento de formación de las políticas públicas.

No obstante, la intervención de las altas cortes en aspectos que antes estaban reservados a los actores típicamente políticos, ya no se ve con tanto recelo, más bien, el debate se ha llevado hacía los límites de esta intervención: ¿hasta dónde debe extenderse el poder de los órganos de control jurisdiccional constitucional?

En ese orden, el maestro Sagües distingue dos posibles roles de la jurisdicción constitucional frente a las políticas públicas; por un lado, puede actuar como un agente convalidante de un cambio social y, por otro, como un agente promotor o inductor del cambio social¹⁷⁹.

En el primero, las cortes constitucionales muestran una actitud de acompañamiento y de confirmación constitucional. Las acciones del tribunal son importantes para un escenario político puesto que avalan las medidas o políticas elaboradas que se buscan implementar por el Congreso o el Ejecutivo.

En cambio, en el segundo rol que asumen las cortes constitucionales es más activo pues lidera, como agente principal, el cambio de las políticas ya elaboradas o incluso que se han comenzado a implementar, se adelanta a los poderes políticos clásicos para direccionar el rumbo de las medidas que se implementarán.

A continuación, se analizarán brevemente las distintas posturas que pueden tomar los jueces constitucionales frente a las políticas públicas: la tradicional, la del activismo judicial y, por último, una postura intermedia.

2.1. El papel tradicional del juez constitucional.

Pese a que en las últimas décadas la intervención de los jueces constitucionales ha ganado espacio, aún existe una tesis tradicional que se opone al papel político de los órganos jurisdiccionales. Para los suscriptores de esta postura, las políticas públicas son asuntos políticos, propios del parlamento y del Ejecutivo, ajeno al quehacer jurídico de los tribunales. Esta postura encuentra su fundamento más remoto en las ideas de Montesquieu quien sostenía que el juez es la boca de la ley; es decir, los jueces únicamente podían actuar en aplicación de la ley.

Desde esta perspectiva, la justicia constitucional solo podría intervenir, a lo sumo, como ejecutora de cambios sociales ya dispuestos por el legislador; es decir, únicamente podría velar por el cumplimiento de la normativa que sirve de andamiaje a una política estatal, verificando la legalidad de las actuaciones de la Administración de conformidad a los parámetros legales fijados por el Congreso.

¹⁷⁹Sagües, Los tribunales constitucionales, 528.

Esta posición está vinculada a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables – *political questions*–, pues sostiene que hay áreas que estarían exentas del control de constitucionalidad que están reservadas a los poderes clásicamente políticos –el Ejecutivo y el Legislativo–.

Dentro de esta postura más tradicional está una posición un poco más vanguardista pero que siempre se sitúa como “respetuosa” de la función ejecutiva. En este postulado, el juez sostiene que, pese a que no exista una política pública para los hechos de afectación en concreto o si no se desarrollan esfuerzos previos en aras de solucionar la problemática, –ya sea mediante iniciativas legislativas, diseño de proyectos, análisis técnicos y presupuestales, etc.–, no se puede considerar como ineficaz un mecanismo que aún no se ha adaptado y forzar la implementación de decisiones impuestas por el tribunal.

Los partidarios de esta postura plantean diversas objeciones a las ideas más progresistas y activas de los tribunales constitucionales. Entre estas objeciones están la de división de los poderes estatales, la falta de legitimidad democrática de los tribunales y la falta de capacidad técnica de estos para decidir sobre cuestiones ajenas a la disciplina del Derecho.

En tal sentido se señala que los jueces constitucionales carecen de idoneidad técnica para intervenir en el campo de las políticas públicas, por lo que, su incidencia podría resultar en malas políticas, de difícil implementación y con contradicciones al nivel de ejecución. Asimismo, se señala que los jueces pueden ser movidos por un “populismo judicial” y perder de vista las restricciones presupuestales ya que no tienen la tarea de conseguir los recursos para la implementación de las políticas sociales.

En cuanto a la crítica sobre la falta de legitimidad democrática se ha señalado que la intervención de los jueces en el diseño de políticas públicas resulta antidemocrática pues arrebató el derecho de las mayorías que serían tomadas por funcionarios no electos.

También se argumenta que desfiguraría y deslegitima la propia Constitución, pues serían los tribunales constitucionales quienes diseñarían las estrategias políticas, lo que a su vez generaría “... un efecto perverso en el sistema político, dado que frente a este poder se reemplaza la lucha electoral y participación de políticas por la interposición de acciones judiciales que conllevaría a la judicialización de la política”¹⁸⁰.

Además, se alega que el control de constitucionalidad de las políticas públicas conlleva una gran posibilidad de abuso de poder por parte de la Corte, así como la posibilidad de que las decisiones que tengan que ver con aspectos económicos guíen como bajo parámetros políticos.

Otras voces que se pronuncian contra la “judicialización de la política”, hacen hincapié en el riesgo que ello representaría para la misma independencia judicial. En los procesos de consolidación democrática del siglo XX, se ha apostado al rol que juega el poder judicial – específicamente al papel que ejercen los órganos de control de la constitucionalidad de las leyes–

¹⁸⁰ Omar Sumaria Benavente y Karla Sofía Vassallo Efftha, “Un nuevo actor político: la participación de los tribunales constitucionales en la elaboración de las políticas públicas”, *Derecho & Sociedad* 40 (2013): 125, doi: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12794>

, para lograr someter el poder político al derecho y así, lograr avanzar en la construcción de Estados Democráticos de Derecho.

Sin embargo, para lograr estos cometidos es necesario contar con un órgano de control de constitucionalidad independiente, técnico e integrado por jueces comprometidos con los valores democráticos dispuestos a ejercer su rol en defensa de los derechos fundamentales de las personas y de la supremacía constitucional; por ello, pese a que el planteamiento esbozado en el párrafo que antecede parece ser atractivo, algunos advierte que en democracias no consolidadas, la judicialización de la política se vuelve contraproducente, ya que no se cuenta con los elementos estructurales y de cultura legal necesarios para el activismo judicial¹⁸¹.

Los partidarios de este planteamiento señalan que la judicialización de la política suele acabar con la independencia de la judicatura, ya que los gobernantes, al advertir el potencial de poder político de las cortes, buscan intervenirla con persona que les sean confiables o leales.

2.2. El papel activista del juez constitucional.

El activismo de los jueces se identifica con su actitud frente a otros poderes estatales. Bajo esta premisa, es posible precisar algunos indicadores que permiten ubicar a los jueces en una especie de espectro de activismo judicial dependiendo si sus resoluciones cumplen con algunos o todos estos criterios y qué tan a menudo emiten fallos con este tipo de elementos. Estos indicadores son: la contestación de los actos de los otros poderes, la expansión de derechos, sentencias interpretativas, definición de políticas públicas y decisiones *ultra petita*¹⁸².

La contestación de los actos de los otros poderes como indicador trata de señalar que el control judicial de las normas con el que se revierten los actos de los otros poderes estatales va más allá de las razones jurídicas que podrían esgrimirse de la mera confrontación entre el objeto de control y el parámetro de control constitucional y pasa al ámbito político.

Respecto al reconocimiento o expansión de derechos, el juez establece significados de las normas desde su propia construcción interpretativa y no de la literalidad de esta, muchas veces estirando su significado o enmarcándolo en una nueva realidad.

Tal como se advierte de los anteriores indicadores, la labor interpretativa de los jueces activistas es trascendental, sus sentencias son esencialmente interpretativas. Sin embargo, a criterio de los detractores del activismo judicial y las sentencias estructurales, estas interpretaciones guardan poca fidelidad con los preceptos constitucionales y de las leyes.

Además, los textos constitucionales son abstractos o generales, no precisan el contenido de las políticas públicas que deben ser ejecutadas, por lo que la generalidad de las disposiciones permite un margen de maniobra amplísimo para los hacedores de políticas públicas, adecuando de acuerdo con las preferencias ideológicas de los ciudadanos¹⁸³.

¹⁸¹Javier Couso, "Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política." *Revista de ciencia política* 24.2 (2004): 45, doi: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revcipol/v24n2/art02.pdf>

¹⁸²López Sterup, Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial, 183.

¹⁸³Gutiérrez Beltrán, "El amparo estructural", 148.

En tal sentido, bajo esta perspectiva, las sentencias estructurales son un desacierto al tratar suplantar el sentido normativo de la Constitución. Es decir, otorgar un único sentido a disposiciones a través de un ejercicio interpretativo resultaría en un error, no solo porque no se puede tener la certeza que el resultado de la interpretación sea el significado “correcto” de la norma, sino que también se cerraría el debate democrático respecto al sentido del precepto constitucional.

En cuanto a la definición de políticas públicas como un indicador de activismo, se critica que los jueces activistas definen políticas públicas ya que, en ocasiones, ordenan a los otros poderes desarrollar acciones o programas, que a bajo su interpretación garantizan los derechos de la ciudadanía.

Por último, al realizar la labor interpretativa e incluir el diseño de políticas públicas, los jueces se extralimitan de la pretensión que les es planteada por las partes, expanden los efectos de sus decisiones a grandes sectores de la población si consideran que se encuentran en situación semejante a la del demandante. Esto conlleva a que los otros poderes del Estado se vean en la necesidad de ajustar presupuestos y reestructurar políticas públicas para darle cumplimiento a las sentencias.

2.2.1 Activismo judicial.

La locución “activismo judicial” comenzó a utilizarse por la Corte Suprema de Estados Unidos, cuando la Corte Warren se autoproclamó “activista” en el caso emblemático “*Brown vs. Board of Education*” en 1954, en el que se declaró por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial de las escuelas norteamericanas. El activismo radicó en que la corte se alegó del “comportamiento normal” o esperado en un proceso judicial, fallar sobre los derechos de los cinco demandantes y sobre las escuelas que los habían marginado; más bien, la sentencia fue más allá y se adentró en la política de segregación racial.

El activismo judicial, como su denominación lo indica hace referencia a una actitud activa, frontal y directa de los jueces frente a los casos que le corresponda dirimir, especialmente aquellos que estén vinculados con garantizar los derechos sociales.

Se ha diferenciado entre un juez “activo” y un “activista”. El primero, es un funcionario que emite sus decisiones en cumplimiento de sus funciones de manera eficiente, dentro de los plazos y estándares legales; en cambio, el activista va más allá de la diligencia en las funciones, implica impregnar sus decisiones de una finalidad en la que predominan los valores fundamentales¹⁸⁴. Es decir, es un juez con una visión progresista, reformadora, que interpreta la realidad de su época y que intenta que sus decisiones sean constructivas y modernizadoras.

Para Atienza, la diferencia entre un juez activista y el activo es que, el primero actúa “... como si el Derecho no fuera para él una práctica autoritativa, como si los materiales jurídicos no

¹⁸⁴ Roberto Omar Berizonce, “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (2010), doi: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/63/pdf>

fijaran ciertos límites, dentro de los cuales él debe permanecer porque, de otra manera, ya no estaría jugando el juego del Derecho”¹⁸⁵, mientras que el segundo, se refiere a aquel que actúa dentro de tales límites y, sin centrarse en el formalismo jurídico, se ajusta a los parámetros del post positivismo.

Como se puede observar, las posturas referentes al papel activo o activista que puede ejercer el juez son distintos, para algunos, la expresión “activista” denota un juez con poca técnica jurídica que se deja guiar por sus instintos.

En todo caso, existen ciertas características esenciales del activismo judicial: el poder judicial como verdadero poder del Estado; el respeto de la Constitución por sobre todas las normas y fundamentaciones jurídicas de las partes; la búsqueda primordial de una solución justa; la creatividad de las sentencias, el protagonismo del tribunal y la modernización o adaptación de la justicia como servicio a los tiempos actuales¹⁸⁶.

En ese orden, para que exista un activismo judicial es necesario contar con un Órgano Judicial independiente, que se posicione como un verdadero contrapeso frente a los otros poderes del Estado; de manera específica, se requiere de un órgano que efectúe un control de constitucionalidad en el que se busque mantener la supremacía constitucional y garantice los derechos fundamentales, incluyendo los DESC.

La creatividad del activismo no solo se refiere a que las sentencias se salen del esquema de ser declarativas, sino también ha aportado varias figuras procesales que coadyuvan a la eficacia de los procesos constitucionales para facilitar la protección de los derechos de las personas que acuden a la sede constitucional para lograr la protección de sus derechos¹⁸⁷.

Ahora bien, dentro del activismo judicial existen dos posturas principales que adoptan los jueces: el activismo “respetuosa moderada de la función ejecutiva” y la “irrespetuosa de la función ejecutiva”.

La posición moderada considera que existen ámbitos en los que las cortes no deben inmiscuirse, ya sea por la falta de capacidad técnica para discernir aspectos que no son propios de las ciencias jurídicas o porque ello implicaría un detrimento en la institucionalidad del país en cuanto a la separación de Poderes. Esta postura comprende que existen limitantes frente a lo que se puede ordenar mediante la tutela judicial, pues el juez constitucional no conoce el gasto público

¹⁸⁵Henrik López Sterup, “Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política pública, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2018): 190. doi:10.14198/DOXA2018.41.09.

¹⁸⁶Patricio Alejandro Maraniello, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, *Tla-melaua: revista de ciencias sociales* (2012): 54, doi: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4548361>

¹⁸⁷ Los tribunales constitucionales han abrazado la postura de Peter Haberle referente a la autonomía procesal que les permite garantizar –a través del proceso– los derechos fundamentales de las personas. Entre los institutos procesales que se han creado bajo el activismo judicial están las medidas autosatisfactivas, el recurso infinitum, la tutela anticipatoria, entre otros. Maraniello, El activismo judicial, 54.

ni gestiona las políticas del Ejecutivo, por lo que no es idóneo que ordene a los funcionarios que cumplan programas para los que no hay recursos¹⁸⁸.

2.2.2 Críticas al activismo judicial.

Pese a que en diversas latitudes se le ha abierto paso al activismo judicial, aun se alzan críticas respecto a esta forma de actuar de las cortes constitucionales.

Las principales objeciones contra el activismo judicial se centran en tres aspectos fundamentales que se entrelazan entre sí: el principio de separación de poderes, la capacidad técnica de las cortes constitucionales y la legitimidad democrática de las cortes para ejercer el control de constitucionalidad.

2.2.2.1 Principio de separación de poderes.

El principio de separación de poderes es uno de los pilares del Estado de Derecho, por lo que, los fallos estructurales, en los que se emiten órdenes judiciales a otros órganos estatales en los que se disponen el diseño y la implementación de políticas públicas para asegurar la protección efectiva de los derechos de extensos grupos de ciudadanos, resulta reprochable para algunos o, al menos, cuestionable, revelando lo problemático que pueden resultar estas actuaciones en cuanto a las relaciones entre los poderes del Estado.

Y es que, la idea que en un tribunal, aislado en su despacho, –lejos de la disertación popular–, decide imponer a la Administración, o al legislador, las políticas públicas que deben ser implementadas para dar cumplimiento a la Constitución parece reñir con la idea tradicional que se tiene del obrar judicial.

De acuerdo con este postulado, el diseño y manera de implementación de las políticas públicas deben estar reservadas a las instituciones que cuentan con legitimidad democrática formal. Y es que, a su criterio, la adopción de políticas públicas supone la previa ponderación de necesidades sociales y la consecuente priorización de objetivos de distintos sectores de la sociedad, por lo que, quien realice esta tarea requiere poseer “... *auctoritas* que brinda el hecho de haber recibido este especial encargo de manos de los ciudadanos”¹⁸⁹.

Así, para los críticos del activismo judicial, este consiste en la postura que asume el juez en el cumplimiento de sus funciones judiciales, siendo su elemento nuclear el que los jueces pretenden imponer sus preferencias a los otros órganos.¹⁹⁰

En ese orden, se asume que la función de crear políticas públicas es competencia propia y exclusiva de los órganos políticos, especialmente del legislador. En tal sentido, si el juez fija dichas políticas, es evidente que está imponiendo sus preferencias sobre otros poderes estatales.

¹⁸⁸Diego Armando Yáñez Meza, “Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas”, *Estudios de Derecho*, (2014): 249, doi: <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/21664/17853>

¹⁸⁹Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 144.

¹⁹⁰López Sterup, Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial, 174.

En tal sentido, la intervención de las cortes constitucionales en el ciclo de las políticas públicas trae consigo como su mayor reparo: la amenaza de desplazar de la deliberación democrática de su entorno natural, lo que traería como consecuencia el debilitamiento de la calidad de la democracia y, la desnaturalización de la administración de justicia.

Los fallos estructurales en los que se emiten órdenes referentes a políticas públicas limitan la espontaneidad y fluidez del debate político, impidiendo la fiel representación de los intereses de los electores. “A la luz de este planteamiento, al verse obligados a ocuparse de las complejas actuaciones ordenadas por los tribunales, los representantes tendrían que modificar la agenda política de las instituciones. La inclusión forzada de nuevos asuntos acabaría por relegar otros contenidos que, a diferencia de aquellos que han sido impuestos desde la judicatura, coinciden con las preferencias y los intereses de los electores”¹⁹¹. Es así como el alejamiento de la voluntad general que ha prevalecido entre los ciudadanos podría ser interpretado como un desmedro de la calidad de la democracia.

Aunado a lo anterior, existe otra problemática cuando los tribunales se inmiscuyen en aspectos cuya esencia es política; y es que, en virtud de que las cortes no han sido concebidas para actuar en un escenario político, no se ven sometidas a controles de esta naturaleza. No existen controles democráticos sobre la labor desarrollada por los tribunales como ocurre con las autoridades políticas.

Por lo general, la elección y continuidad de los miembros de las cortes no dependen del respaldo electoral de los ciudadanos, pues son elegidos por otros funcionarios, ya sea por el Poder Ejecutivo o por el Legislativo. En consecuencia, los electores no tendrían oportunidad de incidir sobre el tipo de políticas públicas que son ordenadas mediante las sentencias, así como tampoco podrían sancionar el mal desempeño de los jueces en la materia.

Con arreglo a este planteamiento, los tribunales adoptan decisiones de índole política sin que existan instrumentos de control de igual naturaleza. En consecuencia, la responsabilidad política que nace de la adopción de estas decisiones no podría ser exigida de ninguna manera, no existe un *accountability* por parte de los funcionarios judiciales, pese a lo trascendente de sus decisiones.

Es preciso aclarar que, la responsabilidad política difiere de aquella que surge del eventual desconocimiento de las normas jurídicas. Los mecanismos disponibles para controlar las decisiones judiciales –cuando existen–, son los recursos judiciales contra las sentencias, y las acciones penales y disciplinarias que permiten censurar las acciones arbitrarias o erróneas del juez, pero estos únicamente conducen a verificar y, de ser necesario, corregir el orden jurídico.

En definitiva, los ciudadanos no contarían con la posibilidad de hacer uso del *voto castigo*, que es una de las herramientas más eficaces para asegurar la fidelidad de la representación democrática y el correcto desempeño de los funcionarios elegidos.

En cuanto al segundo inconveniente –la desfiguración del quehacer de los tribunales–, se señala que cuando la ciudadanía advierte que las acciones judiciales pueden ser empleadas como instrumentos de acción política, se produce un cambio en la percepción que tienen de aquellos y, tiempo después, una modificación en el propio funcionamiento de los tribunales, pues estos pasa a ser percibidos como actores políticos capaces de incidir y reformar la agenda institucionales, ello “... socavaría la base

¹⁹¹Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 146.

fundamental sobre la que se apoya la legitimidad de los tribunales, la cual descansa en el estricto apego a las normas jurídicas”¹⁹².

2.2.2.2 Capacidad técnica de las cortes.

Otra de las críticas que se alzan en contra del activismo de las cortes constitucionales es su falta de capacidad técnica para interferir en el diseño de políticas públicas.

Tradicionalmente, el legislativo –legítimos representantes de la población– acogen las necesidades de la ciudadanía y estructuran las políticas que consideren adecuadas para atender los requerimientos de la sociedad. De igual manera, el ejecutivo al entrar en contacto con la ciudadanía conoce de primera mano las necesidades de esta y puede diseñar por sí mismo programas para atenderla, o bien, solicitar el apoyo legislativo para echar a andar alguna política.

Ambos órganos estatales poseen el personal técnico idóneo para efectuar un estudio adecuado para el diseño e implementación de políticas públicas. El Órgano Ejecutivo, conformado por distintas Secretarías, cuenta con especialistas sobre las áreas que le corresponde velar¹⁹³; de igual manera el Órgano Legislativo nombra Comisiones Legislativas para analizar los distintos proyectos de leyes que impulsaran políticas públicas. Estas comisiones cuentan con un apoyo técnico permanente por parte de abogados y expertos en la materia¹⁹⁴.

En cambio, las cortes constitucionales generalmente están conformadas únicamente por abogados¹⁹⁵ y su equipo de apoyo –letrados de la corte– son también profesionales en derecho. En el caso de El Salvador, la Sala de lo Constitucional, al igual que el resto de los tribunales de cierre de la CSJ está conformada por cinco abogados y su equipo técnico, está compuesto únicamente por abogados, por lo que cabría preguntarse si está en la capacidad de emitir una decisión que implique aspectos técnicos referentes a otras disciplinas.

En ese orden, la crítica se fundamenta que, –con base al principio de separación de poderes–, cada órgano debe encargarse de las funciones que por su naturaleza le corresponde por lo que convendría que dicha tarea fuese realizada por burócratas que contaran con la preparación específica que demanda esta compleja labor. Y es que, el diseño y la implementación de las políticas públicas requiere el dominio de una gran variedad de saberes técnicos, lo que hace casi imposible considera que un tribunal posea la suficiente capacidad técnica para comprender todas las aristas que un problema.

¹⁹²Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 147.

¹⁹³ En el caso del Ministerio de Salud, este cuenta con una Dirección de Políticas y Gestión de Salud estando bajo su coordinación las unidades de Políticas de Programas Sanitarios, del Derecho a la Salud, de ITS/VIH y del programa de tuberculosis y enfermedades respiratorias.

¹⁹⁴ El art. 46 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa establece que Las comisiones legislativas contarán con un técnico de apoyo legislativo institucional quien deberá ser abogado; también podrán ser asistidas por un colaborador técnico especializado en la materia; estos deben estar presentes en las sesiones de las comisiones.

¹⁹⁵ Como una excepción está el Consejo Constitucional de Francia para el cual no se requiere tener ningún grado profesional, por lo que no es necesario ser abogado. doi: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/organizacion-del-consejo>

2.2.2.3 La objeción contramayoritaria.

El argumento contramayoritario es una objeción antidemocrática que se imputa al control jurisdiccional constitucional en manos de un poder judicial no electo popularmente. Es decir, señala que el órgano jurisdiccional –en contraste con el legislativo–, carece de legitimidad democrática.

Este señalamiento es antiguo pues se vincula con el principio de separación de poderes y, por su puesto, con la legitimación democrática del tribunal constitucional. Su origen se remonta para algunos al caso *Marbury vs. Madison* en donde el juez Marshall establece judicialmente la práctica del *judicial review* y el principio de supremacía constitucional. Desde entonces, surgen los cuestionamientos al ejercicio de control de constitucionalidad de las leyes, pues se planteaba cómo era posible que un puñado de jueces, que no habían sido electos directamente por el pueblo, podían variar o anular la voluntad de toda una nación expresada a través de sus legítimos representantes¹⁹⁶.

Es decir, el reparo subyace en un planteamiento simple pero contundente: si estamos en un sistema democrático fundado en los derechos a la participación ciudadana e igualdad que se traslada al escenario político en el que se discuten los asuntos que conciernen a todos los ciudadanos, ¿por qué debe prevalecer el juicio de los tribunales sobre el criterio de los actores políticos que, a diferencia de aquellos, son elegidos popularmente?

Alexander Bickel en su obra “*The least dangerous branch*”, en 1962 fue de los primeros en identificar esta problemática que parecía deslegitimar la labor de la judicatura y lo denominó “*the counter majoritarian difficulty*”, al reconocer que cuando la corte ejercitaba el *judicial review*, ésta no lo ejercía en representación de la mayoría sino en contra de esta.

A partir de la obra de Bickel surgen distintos estudios que abordaron el argumento contramayoritario que señala la falta de legitimidad democrática del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, hasta llegar a la actualidad en la que se cuestiona el amparo estructural y la autoridad con la que los jueces someten a revisión judicial las decisiones adoptadas por los órganos políticas en las democracias constitucionales.

Y es que, en una democracia constitucional, cuya mayor expresión es precisamente el voto libre y voluntario de los ciudadanos al elegir a sus representantes, no resulta comprensible cómo puede ser sometida el resultado de tal expresión a controles por parte de un reducido grupo de abogados que desde sus despachos imponen su interpretación.

En ese sentido, los tribunales constitucionales se vislumbran como un poder antidemocrático que, lejos de fortalecer las instituciones de la democracia, atacan su esencia con su juicio sobre la ley.

“En efecto, el carácter contramayoritario del Poder Judicial lo coloca en una posición en la que, si su actuar es percibido como el ejercido de una función que le corresponde a cualquier de

¹⁹⁶Mario Arturo Rivera León, “Esbozo de teoría contramayoritaria: consideraciones de la “counter majoritarian difficulty”, *Teoría y realidad constitucional*, (2011): 408, doi: <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6966>

los otros poderes, se ve en serios problemas, toda vez que aquellas poseen mayor grado de representatividad (el Parlamento como el caso más evidente). Por otro lado, si no son cuestionadas desde el punto de vista de la representatividad, son cuestionadas desde el punto de vista de participación de la sociedad civil en las cuestiones públicas (como aquellas que se discuten en las altas cortes relativas a las políticas públicas)”¹⁹⁷.

Ahora bien, los postulados de la objeción contramayoritaria han sido cuestionados por algunos autores, especialmente en los tiempos de crisis de la democracia representativa. A continuación, se esbozan algunos de los razonamientos que se alzan en defensa de la legitimidad del control de constitucionalidad.

La posición contramayoritaria presupone una noción del significado del término “mayoría”, esta es la de mayoría simple. Es decir, se basa en un quebrantamiento a un principio mayoritario simple, no de la mayoría absoluta o algún tipo de mayoría calificada y mucho menos de la unanimidad, a tal punto que el mayor grado de mayoría no modifica la naturaleza de esta, lo que significa que el porcentaje que conforma esa mayoría sea alto o no, tiene el mismo efecto en cuanto criterio decisorio y, por ende, del calificativo contramayoritario¹⁹⁸.

En tal sentido, siendo la posición contramayoritaria consiste en un señalamiento antidemocrático al juez constitucional al ejercer su carácter decisorio, al fundamentarse en una “mayoría simple”, es posible deducir que la noción de democracia también está referida a una democracia simple mayoritaria y directa. Esto denota una visión inexacta de la realidad democrática pues ignora el contenido sustancial, como es la democracia gradual.

Por otra parte, es posible objetar a la posición contramayoritaria que esta es particular de quien la invoca, ello es así porque en un país existen diversos territorios o estar conformado por distintas comunidades, por lo que pueden existir decisiones contramayoritarias en cada uno de ellos sin que la contramayoritaria sea general, pues los términos en discusión son inherentes al territorio o comunidad en donde se vulnera la voluntad mayoritaria en cuestión, pero en otras partes del país, lo que se discute puede ajustarse al pensamiento o deseo de la mayoría, incluso a una mayoría cuantitativamente superior de aquella que –por considerarse afectada– invoca la objeción contramayoritaria¹⁹⁹.

Finalmente, es preciso acotar que el argumento contramayoritario presume una noción representativa de mayoría, sin distinguir entre mayorías reales o electorales. Cuando Bickel sostuvo que las cortes ejercían el control de constitucionalidad no en representación de las mayorías sino en su contra, asumía que el Congreso –no al pueblo mismo– representaba la voluntad

¹⁹⁷Alfonso Renato Vargas Murillo, “Reflexiones acerca de la relación entre justicia constitucional y formulación de políticas públicas con enfoque basado en derechos humanos”, *Revista Lex*, (2019):57, doi: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1810/1946>

¹⁹⁸Rivera León para ilustrar este planteamiento explica que para efectos del calificativo contramayoritario “... la voluntad vulnerada de una mayoría simple del 34% conforma criterio decisorio exactamente igual, a efecto del calificativo contramayoritario, que el de una mayoría con un 97% que prácticamente representa unanimidad en la aceptación de una política o criterio vulnerado”. Rivera León, “Esbozo de teoría contramayoritaria”, 411.

¹⁹⁹Un ejemplo de la particularidad del invocante se dio en España con motivo del recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña y la decisión del Tribunal Constitucional español.

del pueblo, sin detenerse si realmente el pensamiento o deseo de la población estaba siendo expresada a través de quienes formalmente detentaban su representación.

Esta posición formalista se debilita cuando la voluntad expresada por el congreso no coincide con la voluntad real del electorado. Últimamente, la democracia representativa ha sufrido una crisis precisamente porque las personas no perciben cercanía con los funcionarios electos. Por ello, es posible sostener que se debe distinguir entre la contramayoría que atenta contra una voluntad formal y la contramayoría que afecta una voluntad real de la ciudadanía.

La contramayoría formal se refiere a aquellas decisiones que atentan contra una noción presupuesta de representatividad y de consenso. Es decir, una decisión será formalmente contramayoritaria si la voluntad mayoritaria vulnerada es presupuesta, independientemente de si esta coincide o no con la real u efectiva²⁰⁰. En cambio, la contramayoría material surge cuando se toman decisiones que van contra la voluntad real de la mayoría que no necesariamente coincidirá con la voluntad presupuesta en el congreso.

La objeción contramayoritaria, con todas las debilidades en sus planteamientos, continúa siendo un cuestionamiento que vale la pena reflexionar. No basta contrargumentar la supremacía del constituyente sobre los representantes del pueblo –como poder constituido–, pues no todos los textos constitucionales disponen con claridad el deber de diseñar o implementar políticas públicas para asegurar la eficacia de los derechos.²⁰¹

En razón de ello, algunos autores señalan que con base en el principio democrático, lo razonable sería concluir que “... allí donde los textos constitucionales no incluyen estas estipulaciones, [...] la ejecución de estas labores es un asunto que se encuentra sometido a las reglas de la deliberación pública [...] los órganos representativos serían los únicos competentes, para esclarecer, en razón de la legitimidad que les otorga su elección popular, el alcance de las cláusulas constitucionales en cuestión”²⁰².

En tal sentido, bajo esta postura, la intervención de los tribunales en este campo supone la sustitución de los criterios políticos del legislador por el criterio valorativo del juez, lo que conlleva el riesgo de que, en nombre de la efectividad de los derechos de los ciudadanos, se asfixie el sistema deliberativo.

Es decir, si bien el activismo de los jueces puede tener la mejor intención en salvaguardar los derechos de los ciudadanos, ello también puede implicar el riesgo de convertirse en un gobierno de jueces en el que la naturaleza deliberativa del congreso y del sistema democrático pierda fuerza.

²⁰⁰Rivera León, “Esbozo de teoría contramayoritaria”, 419.

²⁰¹En el caso de la Constitución salvadoreña podríamos extraer de su art. 1 que siendo la persona humana el origen y fin del Estado, todas sus acciones y programas deben tener como finalidad la dignidad de la persona y, por ende, debe de procurar que las políticas públicas que implemente busquen el desarrollo de cada individuo en sus distintas facetas. Sin embargo, aún esta deducción requiere de un esfuerzo interpretativo y argumentativo que no todos están dispuestos a realizar ni aceptar.

²⁰²Andrés Mauricio, Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural de los derechos” (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2016), 157.

En ese orden, los jueces deben procurar poner cuidado en la objeción contramayoritaria, y actuar dentro de los límites que les confiere la misma Constitución. Ello les permitirá ganar legitimidad en las intervenciones que efectúen. La autoevaluación que realicen debe enfocarse en la naturaleza de la controversia para determinar si se trata de un asunto más jurídico que político, o viceversa; así como la deferencia que muestren los tribunales frente a los órganos representativos.

2.2.3. Argumentos a favor del activismo judicial y los fallos estructurales.

Como se ha señalado, las críticas más profundas contra el activismo judicial se centran en la supuesta falta de legitimidad y el quebrantamiento del principio de separación de poderes que – aparentemente – socavaría el sistema democrático.

Pese a las críticas, existen autores que se pronuncian a favor de esta forma de intervenir por parte de las cortes constitucionales, para estos las sentencias estructurales no solo son convenientes, pues permiten proteger de mejor manera los derechos de las personas, así como una valiosa herramienta para mejorar la calidad de la democracia al materializar los derechos constitucionales.

A juicio de este sector, las sentencias estructurales no atentan contra el principio de separación de poderes, pero para divisarlo es necesario revisar profundamente el citado principio. Si bien es cierto que este principio subyace como fundamento del Estado de Derecho, este se ideó con la finalidad de fortalecer las libertades individuales y la interdicción de la arbitrariedad de un Estado absoluto en el que se concentraban todas las competencias esenciales de un Estado. En tal sentido, “la referida separación de las funciones públicas pretendía proteger la libertad de los ciudadanos frente al mayor peligro que entonces se cernía sobre ella: la acción del Estado-leviatán que amenazaba con lesionar y obstaculizar el goce de los derechos individuales”²⁰³.

En la actualidad, si bien es cierto siempre existe el riesgo de un gobierno autoritario dictatorial que pretenda concentrar todo el poder que resulte en una amenaza para las libertades de los ciudadanos, lo cierto es que las sociedades han evolucionado y tratan de alejarse de ese tipo de modelos. Hoy en día el parece que el principal riesgo proviene de la pasividad por parte de los gobiernos, de la “... inacción frente al peligros que representa el poder fáctico que han acumulado entidades y sujetos diferentes al Estado”.

Aunado a ello, se ha experimentado una modificación en las obligaciones que recaen sobre los Estados en el ámbito de derechos humanos. Tal como se señaló en apartados anteriores, el enfoque de derechos en las políticas públicas es requerido por parte de organismos internacionales para apoyar proyectos o programas con ayuda financiera y técnica.

Los Estados ya no solo se deben limitar a un mandato general de respeto, sino que también tienen que cumplir con la obligación de protección y garantía, lo que implica una labor de prevención y sanción ante las violaciones de derechos, así como la obligación de adoptar medidas que aseguren la efectividad material de estos. Es decir, en la actualidad se requiere una actitud

²⁰³ Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 148.

proactiva en búsqueda del goce efectivo de los derechos que no se materializarán mediante meros actos de omisión o abstención por parte de los entes estatales.

Esa actitud proactiva requiere de la creación de relaciones de colaboración y armonía entre los poderes públicos para que, de manera conjunta, solucionen las problemáticas que aquejan a la ciudadanía al impedirles el pleno goce de sus derechos. Así, el principio clásico de separación de poderes se ha sustituido por el principio de cooperación, en el entendido de una moderación y mutuo control de los órganos del poder público.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional retomando jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana²⁰⁴ ha señalado que el principio de colaboración entre órganos estatales se encuentra establecido en el art. 86 inc. 1 de la Constitución y que dicho principio permite asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los habitantes del país²⁰⁵.

Con base en este nuevo enfoque del principio de separación de poderes, los defensores del activismo judicial sostienen que no todas las intervenciones judiciales constituyen intrusiones ilegítimas en las competencias de otras autoridades, más bien, estas serían la materialización del manato de colaboración interorgánico entre los poderes estatales.

En esa relación de colaboración, los tribunales procuran remediar la parálisis de los procesos de acción política del Estado cuando la inacción de las autoridades, o su obrar negligente, desencadena violaciones generalizadas de los derechos de los ciudadanos. En tal sentido, el objetivo de las actuaciones de las cortes es la superación de las causas que han provocado el estado de abandono institucional para que, una vez resuelta dicha situación, el normal ejercicio de sus competencias recupere su funcionamiento ordinario²⁰⁶.

En un Estado Social de Derecho, son el Legislador y el Ejecutivo los llamados a idear e implementar las políticas públicas y los tribunales tiene la obligación de actuar ante el comportamiento omisivo de los otros órganos estatales con el fin de remediar el incumplimiento de obligaciones referentes a los derechos de la ciudadanía.

2.3 El papel del juez constitucional desde una perspectiva intermedia

Las cortes pueden involucrarse directamente en las políticas públicas en cuatro formas principales dependiendo de la naturaleza de los efectos de sus decisiones en los que asumen distintos roles: puede expulsar leyes –*veto player*²⁰⁷–, reformar su contenido –*policy player*²⁰⁸–, asegurar la aplicación efectiva de otras políticas –*referee role*–²⁰⁹ o actuar como un representante alternativo de la sociedad²¹⁰.

²⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 22 de enero de 2004, T-025-04.

²⁰⁵ Sentencia de inconstitucionalidad 1-2017 y 21-2020 de 26 de julio de 2017 y 8 de junio de 2020, respectivamente.

²⁰⁶ Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 153.

²⁰⁷ De Sousa, How courts engage in the policy making process, 82.

²⁰⁸ De Sousa, How courts engage in the policy making process, 86.

²⁰⁹ De Sousa, How courts engage in the policy making process, 87.

²¹⁰ De Sousa, How courts engage in the policy making process, 81.

Cuando las cortes asumen el rol de legislador negativo o *veto player*, mediante su decisión invalida una política o la propuesta de una política pública, lo que obliga a su creador –ya sea el Congreso o el Ejecutivo–, retornar al punto de inicio y replantearse el abordaje de la medida que se pretende implementar. En este caso, las cortes sirven como un medio para activar los mecanismos horizontales de control interorgánicos del poder político.

El rol de reformador de la política implica que las cortes interpretan las leyes y le dan forma al contenido de las políticas públicas. No se limita a aprobarlas, sino que se involucran en el procedimiento de formación o reformulación de la ley a través de sus interpretaciones. A través de estas interpretaciones, las cortes pueden colocar la esencia de la política en el debate público, provocando la intervención de los sectores académicos, de la sociedad civil y de los medios de comunicación, lo que permitiría un diálogo entre estas que nutriría no solo la decisión judicial sino también la estructuración de las medidas que se pretenden implementar.

Si el rol de legislador negativo permite a las cortes anular políticas públicas y el de reformador subraya su capacidad de elaborar políticas, el de *referee* enfatiza el poder de los jueces para reforzar o verificar las políticas a través de una función de vigilancia o seguimiento. En este rol, a las cortes constitucionales se les plantean los casos para que garanticen que las políticas públicas existentes sean aplicadas efectivamente. Actúan como un agente ejecutor externo y un mediador entre las autoridades y los ciudadanos. En este rol las cortes no se preocupan tanto por la interpretación de la ley, sino que se enfoca en supervisar las acciones de la administración.

Los jueces no se someten al mecanismo de accountability electoral como los otros órganos que se involucran en las políticas públicas que son elegidos popularmente, por lo que, no se consideran como representantes legítimos de la sociedad. Sin embargo, la jurisdicción constitucional puede proporcionar un foro para las defensas de derechos civiles y sociales y lograr que ciertos asuntos o conflictos se visibilicen.

Si las cortes actúan como guardianes de las minorías, o los que han sido sistemáticamente marginados, estas se convertirían en un representante alternativo de la sociedad y la jurisdicción constitucional sería un espacio para la que los reclamos de los sectores desprotegidos de la sociedad sean escuchados y que se procure garantizar sus derechos.

Como puede observarse, dentro del activismo judicial existen diversas posturas que podrían agruparse en dos actitudes principales que adoptan los jueces: el activismo respetuoso y moderado de la función ejecutiva y la irrespetuosa de la función ejecutiva.

La posición moderada considera que existen ámbitos en los que las cortes no deben inmiscuirse, ya sea por la falta de capacidad técnica para discernir aspectos que no son propios de las ciencias jurídicas o porque ello implicaría un detrimento en la institucionalidad del país en cuanto a la separación de Poderes. Esta postura comprende que existen limitantes frente a lo que se puede ordenar mediante la tutela judicial, pues el juez constitucional no conoce el gasto público ni gestiona las políticas del Ejecutivo, por lo que no es idóneo que ordene a los funcionarios que cumplan programas para los que no hay recursos²¹¹.

²¹¹Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 146.

La perspectiva moderada no significa que el tribunal permanecerá pasivo y no se involucrará en el control de actuaciones relacionadas a políticas públicas en las que se alegue la vulneración de derechos fundamentales.

Ahora bien, las cortes deben de tener presente las objeciones que se alzan en contra de que ejerzan un rol más activo, pues tales objeciones –como se señaló en apartados anteriores– no se tratan de dilemas teóricos, sino que son problemas reales que trastocan el sistema democrático. En tal sentido, los jueces deben cuidar que sus decisiones revistan el mayor grado de legitimidad democrática posible con el fin de salvaguardar la institucionalidad del país.

En tal sentido, se han propuesto algunos criterios que permiten evaluar el nivel de legitimidad de las intervenciones estructurales. “Tales pautas examinan la naturaleza de la controversia –esto es, si debido a las peculiaridades del ordenamiento se trata de un asunto más jurídico que político, o viceversa– y la deferencia que muestren los tribunales frente a los órganos representativos”²¹².

Estos criterios no han sido consolidados por la doctrina y algunos podrían ser cuestionables, sin embargo, sirven de guía para que los jueces autoexaminen su proceder y decisiones con el propósito de mantener la armonía en las relaciones interorgánicas.

El primero de los criterios es la existencia de un fundamento normativo explícito que determine una obligación de adoptar medidas carácter general para garantizar los derechos de ciudadanos por parte de las autoridades representativas. Este criterio ayuda a determinar si el diseño e implementación de las políticas públicas consiste en un problema jurídico o si, por el contrario, debe ser considerado un asunto esencialmente político.

En la medida en que existan normas jurídicas que estipulen la obligación de crear medidas que garanticen los derechos de la población, el grado de discrecionalidad disponible para las autoridades para orientar las actuaciones estatales.

En tal sentido, “... cuando el Legislador haya discernido los objetivos y las estrategias que han de ser empeladas para la ejecución de las políticas públicas, las autoridades administrativas deberán ajustar su proceder a tales directrices”²¹³ y, por ende, el incumplimiento de esta obligación debe generar la expedición de sentencias judiciales que garanticen el estricto acatamiento de las normas que han sido desconocidas, o peor aún, si han causado la violación generalizada y sistematizada de los derechos de las personas.

Cuando existen este tipo de normas, la intervención de los tribunales en las políticas públicas no debería de generar tantos reparos desde el principio democrático, ya que existe un mandato legal o constitucional que obliga al órgano político a actuar, por lo que el tribunal se estaría limitando a corroborar el incumplimiento y a exigir que se respete la normativa existente, por ello, entre mayor sea su especificidad normativa, reducirá la discrecionalidad no solo de los actores políticos sino también de las ordenes que pudiera emitir la corte.

²¹² Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 158.

²¹³ Gutiérrez Beltrán, “El amparo estructural”, 158.

La cuestión se vuelve espinosa cuando no existe un mandato normativo y las demandas no buscan la ejecución de compromisos preestablecidos por el legislador, sino la aprobación de leyes que pongan en marcha la acción pública del Estado. Y es que, bajo el principio democrático, en las deliberaciones entre los distintos sectores de la sociedad representados en el Congreso, la renuencia a regular sobre un asunto no necesariamente será el resultado de negligencia legislativa, sino que puede ser una decisión política deliberada, por lo que obligar a legislar podría considerarse una decisión contramayoritaria.

En razón de lo señalado, en la medida en que se cuente con disposiciones claras que impongan la obligación de las autoridades de actuar para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, mayor grado de legitimidad tendrán las órdenes emitidas por las Cortes.

En el caso de El Salvador, siendo su Constitución de corte personalista, su art. 1 de la Constitución establece que el origen y fin del Estado es la persona humana, esto puede ser tomado como un mandato general que debe guiar toda la actuación de la administración pública. Sin embargo, el mandato es bastante general y requiere que la Sala de lo Constitución lo interprete y verifique su cumplimiento en cada caso en particular.

Asimismo, las leyes secundarias que crean u organizan entes públicos establecen mandatos que establecen su objetivo o finalidad general de la entidad pública; asimismo, regulan sus competencias que constituyen en obligaciones frente a la ciudadanía. Esta normativa sirve al juzgador al momento de determinar si han existido incumplimientos de obligaciones por parte de la Administración.

Ahora bien, aun cuando el tribunal haya sorteado la manera de justificar su intervención como un mecanismo de verificación de cumplimiento a mandatos superiores, se enfrentará al problema de determinar el alcance del control constitucional.

Es aquí donde las cortes constitucionales deben de procurar un mayor autocontrol y ejercer una labor relativamente moderada sin desatender su obligación de garantizar el respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales.

En esta labor de autocontención resulta útil el *test de razonabilidad* para lograr conciliar los intereses que entran en pugna en las controversias planteadas. Este consiste en un control judicial de intensidad leve que evalúa el cumplimiento de dos sencillos criterios: el primero, valora si el fin perseguido con la implementación de la política pública del Estado es admisible a la luz de la Constitución; y, en segundo lugar, analiza si el medio elegido es potencialmente útil para su consecución.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que el test de razonabilidad está vinculado con el de idoneidad de la medida limitadora. Es decir, para que el juicio de proporcionalidad responda a criterios objetivos, requiere de una cuota de razonabilidad a efecto de que la decisión que determine el legislador sea conforme, no solamente a la normativa constitucional, sino a las necesidades de la realidad. Así, la Sala de lo Constitucional ha indicado que la razonabilidad se evidencia en tres niveles: *i)* el normativo, que exige que las normas infraconstitucionales tengan coherencia con el contenido de la Constitución; *ii)* el técnico, que se refiere a la adecuación entre los fines postulados por una ley los medios que propone para lograrlos; y *iii)* el axiológico,

vinculado con la congruencia de los medios escogidos por la norma con los valores constitucionalmente reconocidos²¹⁴.

En tal sentido, el juicio de razonabilidad constituye la primera etapa del examen de idoneidad de una medida del poder público, por lo que, previo a determinar si una medida es adecuada o no para la obtención de la finalidad jurídicamente relevante, debe verificarse si el ente competente de su implementación la ha justificada mediante parámetros o criterios objetivos. “Partiendo de esta idea, el test de razonabilidad comporta la exigencia de exponer los motivos que dieron lugar a la elección de una determinada acción, justificando las medidas adoptadas mediante la aportación de razones objetivas para demostrar que la afectación, limitación o perjuicio de otros derechos o bienes es plausible [...] por ejemplo, con la documentación seria y suficiente de los conocimientos empíricos, estudios técnicos o datos de la realidad según la naturaleza del asunto que se trate y las exigencias de la disposición constitucional que sirva de parámetro que permitan justificar, argumentar o demostrar la razonabilidad de una medida”²¹⁵.

En tal sentido, el test de razonabilidad implícitamente reconoce la competencia de los órganos representativos, así como asume la inexistencia de una única receta para cumplir con los mandatos constitucionales.

El segundo criterio está referido a la existencia de una violación generalizada y sistemática; es decir, se trata de un parámetro de tipo fáctico. Es necesario que el tribunal verifique si está ante un número de demandas significativo que acredite no se trata de un caso aislado o unos pocos casos en los que se han dado la vulneración de derechos.

La comprobación de una realidad como la señalada, debilita cualquier objeción contramayoritaria, pues reflejaría la existencia de una problemática de un sector de la sociedad que ha sido desatendido por las autoridades que requiere ser atendida ya sea mediante la creación de una política pública o su reestructuración. Aun cuando no desaparece la discusión contramayoritaria, logra atenuarla pues se evidenciaría que los tribunales no estarían entorpeciendo la marca de una política eficaz, sino que –por el contrario– estarían procurando la realización efectiva de los derechos de las personas.

El tercer criterio apunta a la restricción del número de autoridades judiciales que puedan ejercer este tipo de control. Esta limitante está más relacionada en sistemas de control de constitucionalidad desconcentrados, donde la acción de amparo puede ser ejercida ante distintos jueces.

En vista de que la idea es dotar de legitimidad la intervención judicial en un escenario que tradicionalmente compete únicamente a actores políticos, es importante que el este control lo asuma únicamente el tribunal que pueda hacer frente a tal objeción, por lo que debe contar cierto grado de legitimidad democrática –mecanismos de elección semidemocráticas o elecciones de segundo grado– y ser los competentes para asegurar la integridad y supremacía de la Constitución.

²¹⁴ Sala de lo Constitucional, sentencia de 14 de diciembre de 2004, inconstitucionalidad 20-2003.

²¹⁵ Sala de lo Constitucional, sentencia de 17 noviembre de 2017, inconstitucionalidad 105-2014.

En tal sentido, es recomendable que los fallos estructurales estén reservados al órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, y que los jueces de instancia se limiten a garantizar la protección efectiva de los derechos individuales de la tutela solicitada. Y es que, caso contrario, permitir el escrutinio judicial de las políticas públicas por cualquier juez, lesionaría la seguridad jurídica y volvería inviable la puesta en marcha de la acción pública del Estado²¹⁶.

El último criterio guarda relación con la postura que asumen los tribunales frente a las autoridades representativas. Cuanta mayor deferencia muestren aquellos frente al ejercicio de las competencias encomendadas a otros poderes públicos, menor será la oposición que encontrarán a su participación al disipar controversias.

No se trata de que los tribunales únicamente emitan sentencias declarativas, pues en los casos en que la violación a derechos se ha vuelto sistematizada y generalizada por un tiempo prolongado, difícilmente este tipo de sentencias sean suficientes, por ello se vuelve necesario que los tribunales emitan decisiones estructurales, pero deben procurar el respeto de las competencias de los órganos involucrados, dejándoles un espacio para que estos reaccionen y actúen dentro de esas facultades conferidas; es decir, se deben de evitar fallos unidireccionales, pues estos fomentan un mayor grado de injerencia de los tribunales que puede ser incompatible con el principio de separación de poderes y, por ende, socavar la institucionalidad del país.

En ese orden, lo idóneo es encontrar un punto medio entre las sentencias declarativas que no siempre son efectivas y las estructurales que pueden interferir de forma indebida en el ámbito competencial de otros órganos estatales. Así, surgen las sentencias dialógicas que "... procuran restablecer los derechos infringidos coadyuvando a la recuperación de la capacidad institucional de las autoridades y exigiendo el cumplimiento de las obligaciones de estas, sin indicar el sentido específico de las actuaciones que deben ser realizadas, tales fallos logran conciliar los principios constitucionales que se enfrentan en estos procesos"²¹⁷.

Los fallos dialógicos surgen de la llamada democracia deliberativa en la que se pretende asegurar que el proceso de toma de decisiones se asiente en un diálogo inclusivo²¹⁸, por ello en un sistema institucional dialógico no encaja la revisión judicial tradicional, en la que el Poder Judicial se arroga la última palabra constitucional, tampoco es acorde con el hiperpresidencialismo, en el que no hay espacio para la discusión al ser reemplazada por decisiones más o menos discrecionales. Tampoco parece justificable, desde un enfoque deliberativo que los Congresos están desvinculados de la sociedad a la que dicen representar.

La revisión judicial dialógica consiste en una herramienta del diseño constitucional que "... coloca en primer plano la inevitable tensión que existe, dentro del constitucionalismo democrático, entre sus compromisos con el autogobierno popular y con el establecimiento de limitaciones sobre las mayorías populares"²¹⁹.

²¹⁶ Gutiérrez Beltrán, "El amparo estructural", 162.

²¹⁷ Gutiérrez Beltrán, "El amparo estructural", 164.

²¹⁸ Roberto Gargarella, El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos: Por una justicia dialógica (Buenos Aires: 2014), 124.

²¹⁹ Mark Tushnet, Revisión judicial dialógica: Por una justicia dialógica (Buenos Aires: 2014), 106.

En tal sentido, la revisión dialógica pretende que las interpretaciones judiciales sean mantenidas porque los ciudadanos están de acuerdo con ellas. No se trata de una revisión fuerte ni de una débil o ambigua, sino que busca una posición intermedia en la que se fomenta las interacciones –diálogos– entre las distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta.

Es así como el constitucionalismo dialógico se presenta como una posición intermedia, respetuosa de las competencias de los órganos estatales, sin descuidar el deber de protección de derechos fundamentales y de la supremacía constitucional.

La democracia deliberativa²²⁰ promueve la máxima inclusión y participación de los ciudadanos que se verían afectados por las decisiones que se vayan a tomar, así sea potencialmente. Es decir, requiere que las decisiones públicas se adopten luego de un amplio proceso de discusión colectiva, por lo que debe existir espacios y procedimientos que permitan discutir, de manera abierta y transparente, sobre cuestiones públicas²²¹.

Bajo esta perspectiva, la función judicial busca cumplir con sus funciones sin invadir competencias propias de los poderes políticos a través de sentencias dialógicas cuya adopción requieren de discusiones públicas, plurales e inclusivas.

Esta forma de actuar por parte de los tribunales coadyuva a legitimar sus decisiones y, por ende, a menguar la objeción contramayoritaria, pues los participantes en el diálogo –actores sociales, políticos e institucionales relevantes– legitimarían el proceso decisorio y –al haber participado activamente– estarían comprometidas al haber estado involucrada en la decisión; asimismo, las sentencias estarían más apegadas a la realidad en cuanto que los actores involucrados permitiría tomar decisiones que fijen alcances políticamente posibles, socialmente aceptables y técnicamente ejecutables.

Entre los mecanismos o estrategias de legitimación que los tribunales utilizan para fomentar el intercambio dialógico están: la visibilización del problema, en el que los tribunales constitucionales cumplen con la función de *agenda setting*, pues con sus acciones permiten que una problemática que ha sido ignorada por los poderes políticos sea incluida en el debate colectivo.

Otro mecanismo es sancionar la ausencia o el deficiente diálogo público institucional, las cortes constitucionales pueden declarar la inconstitucionalidad de normas legales debido, no solo por vicios de contenido sino también por vicios formales. Dentro de estos últimos está la falta de deliberación pública o institucional.

²²⁰ “La importancia de esta forma de democracia es que concibe que la legitimación del proceso de toma de decisiones públicas no se basa tan solo en participar (en hablar o votar), sino sobre todo en el intercambio abierto, sincero y plural de razones. En este sentido, la “democracia deliberativa” (basada en el diálogo) aparece como una alternativa frente otros tipos de democracia, como la “democracia mayoritaria” (basada en el voto de las mayorías) o la “democracia agonal” (basada en el enfrentamiento de intereses contrapuestos)”. Juan Manuel Sosa Sacio, “Los derechos sociales, su exigibilidad y el activismo judicial dialógico como modelo a seguir”, *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, (2017): 87, doi: <http://revistas.palestraeditores.com/index.php/2519-7630/article/view/32>

²²¹ Sosa Sacio, “Los derechos sociales”, 87.

La Sala de lo Constitucional ha indicado que la falta de discusión o debate en el proceso de formación de ley equivale a un vicio de forma, pues de conformidad a los arts. 131 ord. 5°, 134 y 135 Cn., debe de operar el principio deliberativo en la fase legislativa. En tal sentido, ha señalado que

La voluntad parlamentaria solo puede formarse mediante el debate y la contradicción entre las diferentes opciones políticas expresadas por los distintos grupos parlamentarios, reflejados en los trabajos de las respectivas comisiones y en las discusiones en el pleno, en el que se debate en las que debe imperar los principios democráticos, pluralista, de publicidad, contradicción y libre debate²²²

Otra estrategia es la inclusión de actores en la deliberación del caso, pudiendo los tribunales constitucionales sumar actores directa o indirectamente involucrados o afectados con la problemática contra la que se reclama, así como a técnicos para que ofrezcan sus consideraciones especializadas para tomar una mejor decisión.

En ese mismo orden, de los métodos utilizados es cuando las cortes procuran el máximo involucramiento de los actores políticos relevantes. En tal sentido, las cortes promueven el diálogo entre actores institucionales con el fin de involucrarlos en la solución del problema, así como para delegarles ciertas acciones. Asimismo, aun cuando exista una sentencia que resuelva la controversia, las cortes constitucionales pueden examinar el avance de lo ordenado, para ello se celebran audiencias de seguimiento en las que el tribunal tiene la posibilidad de verificar el cumplimiento de los mandatos contenidos en la sentencia.

En conclusión, las decisiones dialógicas se presentan como un activismo moderado que permite contrarrestar las objeciones referentes a la falta de legitimidad de los tribunales, alejándose de la idea de que los tribunales son los que “tiene la última palabra” respecto a cómo se interpretan los preceptos constitucionales.

²²² Sala de lo Constitucional, sentencia de 28 de mayo de 2018, inconstitucionalidad 96-2014.

CAPÍTULO 4

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

1. Análisis jurisprudencial sobre el control de constitucionalidad de políticas públicas de salud en el derecho comparado.

1.1 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 (sistema de salud)

La tutela T-760 ha sido analizada como una sentencia estructural pues evidencia la decisión de la Corte Constitucional de Colombia de evaluar y, dado el caso, corregir los aspectos lesivos de la política pública de seguridad social.

La Corte colombiana advirtió la utilización masiva de la acción de tutela para lograr las prestaciones de salud requeridas por los pacientes, lo que indicaba la posible afectación masiva y sistematizada de los derechos fundamentales de la población colombiana. Los litigios referentes al derecho de salud se remontan a la misma fecha de la Constitución colombiana, en 1991, evidenciándose un incremento con el paso de los años, hasta convertir el derecho a la salud en el más litigioso en derecho constitucional de dicho país²²³.

La mayoría de las acciones de tutela plantadas solicitaban la protección del derecho a la salud con el fin de que se obligara a las entidades que conformaban el sistema de salud²²⁴ a prestar determinados servicios.

En el sistema de salud colombiano el Estado interviene en la prestación del servicio de salud como un ente regulador, vigilante y contralor del sistema, mientras que la prestación del servicio, como tal, es asumida por empresas e instituciones tanto públicas como privadas, que compiten por la afiliación de los usuarios. La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores –asalariados o independientes–. La prima es tasada por el Estado y recibe el nombre de unidad de pago por capacitación (UPC)²²⁵.

Las empresas de salud –privadas y públicas– tienen a su cargo el aseguramiento de los afiliados, para ello contratan o están vinculadas con otras entidades prestadoras de salud la asistencia material de servicios: atención médica, provisión de medicamentos, procedimientos médicos, suministro de equipos, etc.

²²³ Manuel Fernando Quinche Ramírez y Juan Camilo Rivera-Rugeles, “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de derechos humanos”; *Vniversitas*, (2010):124, doi:<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14424>.

²²⁴En el sistema de salud colombiano el Estado interviene en la prestación del servicio de salud como un ente regulador, vigilante y contralor del sistema, mientras que la prestación del servicio, como tal, es asumida por empresas e instituciones tanto públicas como privadas, que compiten por la afiliación de los usuarios. La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores –asalariados o independientes–. La prima es tasada por el Estado y recibe el nombre de unidad de pago por capacitación (UPC)

²²⁵Néstor Osuna, "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia." *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, (2015): 104.

Ahora bien, para garantizar la universalización de la cobertura, el legislador estableció una distinción entre afiliados al “régimen contributivo”, conformado por los asalariados y los trabajadores independientes y sus respectivos núcleos familiares, y el “régimen subsidiario”, que no poseen ningún vínculo laboral ni desempeñan una actividad económica formal. El primer régimen es autosuficiente, pues dependen exclusivamente de los aportes de las personas afiliadas y las empresas empleadoras, mientras que el segundo, se financia con recursos estatales. Además, hay un tercer grupo, denominado “beneficiarios no participantes” que está conformado por las personas que, por insolvencia del sistema no pueden acceder al régimen subsidiario y solo obtiene la prestación de los servicios de salud de forma irregular, pues no tiene la calidad de asegurados y son elegidos mediante un sistema de selección de beneficiarios de programas sociales²²⁶.

La cobertura que se brinda a los ciudadanos en cuanto al sistema de salud se detalla en un documento llamado plan de beneficios de salud, antes plan obligatorio de salud (POS), que equivale a una póliza de seguro, y que contiene el listado de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, terapias, y demás prestaciones de salud a las que tiene derecho los afiliados. En principio el POS del régimen subsidiario es distinto al del contributivo y –en principio– se busca que ambos se equiparen.

En este contexto, la Corte acumuló veintidós procesos de tutela, en su mayoría de personas que pretendían la protección de su derecho a la salud–casos que se habían vuelto recurrentes contra el sistema de salud–, y unas pocas de empresas prestadoras de salud que solicitan al Estado el pago de unos servicios prestados que se excedían del listado de obligaciones según el POS.

A partir de las características de esos casos profundizó en el contexto de todo el sistema sanitario e identificó un patrón sistemático de violaciones del derecho a la salud causado por problemas estructurales de la política pública, frente a la cual las órdenes caso a caso resultaban insuficientes, pues las mismas situaciones continuaban alegándose como violatorias al derecho a la salud. Es decir, la Corte se dio cuenta que las tutelas con efectos *interpartes*–dimensión subjetiva del amparo– no contribuían a mejorar la situación del sistema de sanidad ni provocaba que las autoridades involucradas procuraran una modificación de la política de atención en salud

En el 2008 se emitió la correspondiente sentencia, en ella no se declaró un “estado de cosas inconstitucionales” como lo hizo en otros procesos, aquí parece haber abandonado esta terminología. En su decisión, la Corte identificó dos tipos de fallas estructurales en la prestación del servicio de salud: *i*) la falta de equiparación entre régimen subsidiario y el contributivo y, *ii*) la falta de cobertura universal²²⁷.

Respecto a la primera falla, la normativa secundaria establecía que ambos regímenes se unificarían a más tardar en el año 2001 –siete años antes de la fecha de expedición de la sentencia T-760 de 2008–. La Corte concluyó que el retraso en la unificación de los dos POS constituía una

²²⁶Osuna, "Las sentencias estructurales", 105.

²²⁷ Fernando Quinche Ramírez y Juan Camilo Rivera Rugeles, “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de derechos humanos”; *Vniversitas*, (2010): 126, doi:<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14424>.

infracción a la obligación de desarrollo progresivo del derecho a la salud, pues el Estado no había formulado un programa que le permitiera alcanzar esa meta, ni había establecido cronogramas concretos para verificar si efectivamente se estaba trabajando para llegar a ella. En tal sentido, la Corte consideró que la pasividad del Estado afectaba a la población, pues prolongaba la privación y limitación en el acceso a determinados servicios de salud, situación que había provocado que la personas acudieran a la acción de tutela para reclamar la prestación de determinados servicios.

En cuanto a la segunda falla estructural, la Corte advirtió que se habían logrado avances significativos en la cobertura universal del servicio de salud, pues “... a la fecha de la sentencia alrededor del 82% de la población nacional se encontraba afiliada al sistema de salud”²²⁸, pero se había incumplido la meta de lograr que para el año 2001 todos los colombianos contaran con la prestación del servicio de salud. Esta situación volvió a poner en evidencia que la población más vulnerable resultaba afectada.

Con el fin de remediar estas fallas estructurales de la política pública de salud, la decisión de la Corte Constitucional pidió a las autoridades competentes que efectuaran los cambios en la política pública, se diseñara un programa conforme al cual se implementara y estableció mecanismos de supervisión que permitieran verificar si las órdenes emitidas eran cumplidas por sus destinatarios.

Al abordar el derecho a la salud, la Corte hizo énfasis en cuanto al acceso a servicios de salud expresando que las personas tienen derecho a que la entidad encargada de granizar la prestación de los servicios de salud autorice el acceso a los servicios que requiere y los que requiere con necesidad, incluso si no están en el POS, por lo que, la obstaculización al acceso en tales casos implica irrespetar el derecho a salud de la persona, pues el acceso a los servicios debe ser oportuno, de calidad y eficiente²²⁹.

En tal sentido, ordenó al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social adoptaran las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios garantizando que sus contenidos fueran claros, actualizados integralmente, que fueran unificados para los regímenes contributivo y subsidiario, así como que los beneficios fueran suministrados de manera oportuna.

Entra las medidas que se requirió se incluyeran en la revisión integral que debían efectuar los entes obligados estaban: la definición clara de los servicios de salud que estarían incluidos dentro de los planes de beneficios, valorando los criterios de la ley y los criterios de la sentencia; los servicios que estarían excluidos, así como los que no serían comprendidos en los planes de beneficios pero que gradualmente serían incluidos; entre otras.

Además, se ordenó que la Comisión de Regulación en Salud actualizar los planes obligatorios de salud por lo menos una vez al año; asimismo, dicho ente debía presentar un informe anual a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación en el que indicara los servicios incluidos, lo que no se había incluido indicando las razones.

²²⁸Quinche Ramírez, “El control judicial de las políticas públicas”; 127.

²²⁹Osuna, “Las sentencias estructurales”, 107.

La Corte también prestó atención a grupos vulnerables como la niñez al ordenar a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños del régimen contributivo y del subsidiado.

Como puede evidenciarse, la Corte Constitucional colombiana intervino de manera más directa en las situaciones en que se reflejaba un mayor grado de pasividad por parte de las autoridades, reactivándolas en sus roles al establecer obligaciones a cumplir. En el caso de la universalidad que, como se señaló, ya se había avanzado en cuanto al porcentaje de la población con servicio de salud –no en cuanto a la cobertura o calidad de servicios–, la Corte continuó con la fecha que las autoridades habían establecido para lograr la universalidad (2010), y agregó que este plazo podría ser prolongado si el Gobierno argumentaba y probaba que alcanzar esta meta era imposible.

Algo muy importante de acotar de las ordenes emitidas por la Corte es que busca que exista rendición de cuentas por parte de las autoridades a los ciudadanos, al exigir que, en las reformas a la política pública, las autoridades obligadas deban emitir informes a entidades cuya finalidad es la defensa de los derechos de la población, como es el caso de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría.

En sentido similar, es destacable que la Corte continuó con un rol activo después de haber emitido su decisión definitiva mediante dos mecanismos para vigilar el cumplimiento efectivo de las órdenes contenidas en la sentencia: las salas y los autos de seguimiento.

Las salas de seguimiento están conformadas por agentes de la sociedad civil, expertos interesados en la situación que fue objeto de la sentencia y algunos miembros del Gobierno y por supuesto que algunos de los magistrados que se encargaban de monitorear todas las acciones. La idea central es que en esta sala se analicen de manera conjunta los informes presentados por las autoridades obligadas para verificar los avances alcanzados en el cumplimiento de la sentencia y se discuten temas relacionados con ese cumplimiento.

Los autos de seguimiento son decisiones de la Corte que consideran la información que recibe de las salas, con el fin de enfatizar o visibilizar alguna particularidad en el proceso de ejecución de la sentencia, o en su caso, efectúa observaciones al Ejecutivo por la implementación parcial o defectuosa de los elementos constitutivos de la sentencia.

Durante esta fase la Corte desplegó una actividad permanente con el fin de que sus órdenes sean cumplidas; entre estas actividades están solicitudes de ciudadanos, entidades públicas y entidades promotoras de salud; cuestionarios a expertos, universidad, grupos de investigación, convocatorias a audiencias públicas de rendición de cuentas; conformación de grupos de apoyo, establecimiento de condiciones mínimas que deben observar los informes de cumplimiento, entre otras²³⁰.

²³⁰Norberto Apolinar Mendivelso Pinzón, "Las órdenes de tutela frente a la falta de disponibilidad presupuestal de las entidades estatales: análisis en perspectiva constitucional" (tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2013), 60.

Las fases de seguimiento no solo permiten verificar el cumplimiento de la sentencia en sentido estricto, sino que brindan un espacio para el diálogo entre diferentes sectores de la sociedad involucrados con el objeto de control de la sentencia.

En tal sentido, se logra menguar la crítica hacia el activismo excesivo de las cortes constitucionales, pues en estos espacios no existe un juez que de manera unilateral y vertical imparte órdenes específicas, sino que hay un diálogo. Es decir, las sentencias dialógicas se caracterizan por dictar órdenes abiertas que fomentan la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar un problema estructural visibilizado en el fallo. En la etapa de seguimiento y como producto del diálogo entre los interesados surgen los detalles de la política pública, no serán dispuestos por la Corte en su sentencia, sino que son el resultado de la construcción conjunta de los involucrados.

Los fallos dialógicos tienden a involucrar a un número bastante amplio y heterogéneo de actores sociales en la fase de seguimiento. Esto se evidenció en el proceso T-760, la Corte Constitucional permitió una participación mayor de la sociedad civil en el proceso de cumplimiento de las órdenes. Se incluyeron organizaciones de la sociedad civil como gremios y universidades, así como representantes de empresas en medicina integral, pudiendo aportar opiniones y acceder a los documentos relevantes agregados al proceso.

En tal sentido, el fallo emitido en la T-760, especialmente en su fase de seguimiento, tuvo la característica de ser un fallo dialógico pues logró el control social sobre el cumplimiento de las sentencias y la desconcentración de las reformas estructurales de la política pública de salud.

Ahora bien, los fallos estructurales por lo general implican una erogación cuantiosa del presupuesto lo que implica fricciones con los órganos encargados de su elaboración, aprobación y ejecución. Un ejemplo de esta fricción fue la reforma constitucional mediante el Acto Legislativo N° 3 de 2011 en el que se estableció el principio de sostenibilidad fiscal²³¹, algunos señalaron que lo que se pretendía era frenar la intromisión de la Corte en las políticas creadas e implementadas por los órganos políticos, pues se prevé que una vez proferida la sentencia por cualquiera de altas autoridades judiciales, los Ministros o el Procurador General de la Nación, pueden solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal, el cual será obligatorio.

Sin embargo, la misma disposición y la jurisprudencia de la Corte ha establecido que en ninguna circunstancia, se podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. Y es que, en definitiva, será la Corte quien decida si modula, modifica o difiere los efectos de las sentencias. Asimismo, la Corte ha demostrado que no es ajena a la realidad fiscal del país, que comprende la progresividad razonable de los DESCAs.

En la T-760 la Corte sostuvo estar legitimada para emitir órdenes de tutela que incidan en el presupuesto público, especialmente cuando se trata del derecho a la salud, para ello se sustentó en el principio de Estado Social de Derecho reconocido en la Constitución y jurisprudencia

²³¹El principio constitucional de la sostenibilidad fiscal pretende que las diferentes decisiones que tienen impacto sobre el gasto público nacional sean coherentes con la estabilidad macroeconómica.

colombiana; así como en la Observación General n°14 de la ONU, en la que aborda el derecho a la salud.

El seguimiento que ha efectuado la Corte colombiana por más de diez años y con más de 140 autos de seguimiento ha permitido que la reforma al sistema de salud haya evolucionado en el rumbo adecuado para beneficio de la población. Algunos autores han señalado que, si la Corte Constitucional no hubiese intervenido mediante una sentencia estructural o hubiese continuado resolviendo de manera individualizada caso por caso las tutelas referentes al derecho a la salud, el deterioro del sistema de salud respecto a la población –especialmente los más desfavorecidos de la sociedad– hubiese continuado²³².

No obstante, otro sector que indican que la sentencia T-760 es medianamente exitoso, pues si bien logró desbloquear el sistema de salud colombiano e impulsó la revisión de los problemas sistémicos, la Corte Constitucional no desarrolló un papel activo en el seguimiento del cumplimiento de su sentencia, al menos no como lo ha demostrado en otros casos –como por ejemplo en el caso de la población desplazada–. Sin embargo, en el caso de salud, pese a que la implementación tiene seguimiento y se han generado espacios de diálogo, “... en la medida en que se evidenció una lista de problemas del sistema (acceso, equidad, mecanismos de solución de conflicto), se quedó corta en crear dispositivos eficaces para hacerle seguimiento”²³³.

No obstante, las críticas, desde una perspectiva estudiosa del derecho constitucional, la mayor contribución de la Corte colombiana en el tema de salud, más allá de la protección individual de este derecho a millones de personas, ha sido propiciar el diálogo, entre distintos actores vinculados a este tema.

1.2 Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia 15737-2008 (vacuna neumococo)

Este proceso judicial planteado ante la Sala Cuarta de Costa Rica inició mediante demanda presentada por la madre de una niña nacida el 4 de mayo de 2008. En su demanda expresa que el día siguiente del nacimiento de la niña fue atendida en una clínica en la que el médico le indicó que debía aplicar cuatro vacunas que la Caja Costarricense de Seguro Social no suministraba: dos contra neumococo, una contra el rotavirus y otra contra la hepatitis A.

De conformidad a lo expuesto en la sentencia, la Comisión Nacional de Vacunación –ente que posee la facultad de incorporar las vacunas al cuadro básico establecido en el esquema de

²³²Sin la existencia de un control judicial estricto en la implementación de la sentencia T-760/08 se puede llegar a reforzar en la práctica los efectos que tuvo la reforma a la salud de 1993, por la cual la mayor parte del presupuesto de salud se ha invertido en el sistema de seguro individual, a expensas de la promoción de la salud pública y de los programas públicos de prevención que podían haber beneficiado a un mayor porcentaje de la población colombiana, como ocurre con los programas de vacunación. Óscar Parra Vera y Alicia Ely Yamin, “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica”, *Tratado de derecho a la salud*, (2013): 212, doi: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32458.pdf>

²³³Luisa Fernanda Cano Blandón, "El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia", *Revista Facultad Nacional de Salud Pública* (2015): 118, doi: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4996610>

vacunación—, aprobó el 21 de febrero de 2007 incluir en el esquema de vacunación conjugada *antineumocócica* de manera oficial con cuatro dosis. Sin embargo, previamente se debía considerar todo lo referente a la cadena de frío, el cual se mediante donación hasta octubre de 2007.

Pese a que la vacuna se encontraba aprobada y existía el mecanismo de su conservación y distribución, la Caja Costarricense de Seguro Social no requirió la vacuna para el 2008, sino hasta el año 2009, ya que las compras regulares se gestionaban en junio de cada año. Así, para el año 2009 solo se consideró la vacuna para niños y no para adultos mayores.

La representante de Fármaco epidemiología de la Caja expresó que la institución no tenía oficialmente el acuerdo de universalizar la aplicación de la vacuna. En cuanto a la vacuna contra el rotavirus afirmó que no era parte del esquema básico oficial de vacunación, pero en el Plan de Vacunación para el Desarrollo Humano, se incluyó la introducción de esta vacuna a partir del 2010.

En sentido similar, las autoridades afirmaron respecto a la vacuna de Hepatitis A que se reserva para grupos de riesgo, población hacinada, carentes de agua potable, viajeros a zonas en riesgo y condiciones generales de insalubridad y, por tanto, no es conveniente incorporarla en el esquema oficial de vacunación.

La Sala señaló que el derecho a la salud ha sido desarrollado por la Sala a partir de la protección constitucional a la vida puesto que esta es inconcebible si no se garantizan las condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental.

Además, acotó el carácter de servicio público que poseen los servicios de salud, por lo que debe cumplir con las características de eficiencia, celeridad, simplicidad y oportunidad en su prestación. En ese orden, los entes públicos que prestan servicios de salud pública tienen la obligación de adaptarlos a las necesidades particulares y específicas de sus pacientes, sobre todo de aquellos que requieren de una atención médica inmediata y urgente, “sin que la carencia de recursos humanos y materiales sean argumentos jurídicamente válidos para eximirlos del cumplimiento de tal obligación”.

Asimismo, la Sala señaló que las políticas preventivas de salud son competencia del Ministerio de Salud y, por tanto, sus actuaciones u omisiones pueden ser objeto de consideración por parte de la jurisdicción constitucional en la medida que estime que riñen con la dimensión del derecho fundamental.

En ese orden, concluyó que le corresponde la Comisión la revisión y actualización del esquema de vacunas, potestad que da como resultado la lista oficial de vacunas que se consigna en el Reglamento de la Ley Nacional de Vacunación. Esta revisión y su respectiva incorporación en el Reglamento debe de coincidir. Ahora bien, en caso de que no se haya incorporado en el reglamento, debe entenderse que el esquema oficial será el aprobado por la Comisión.

Y es que, la Sala enfatizó que, en aras de la protección del derecho a la salud, resulta impropio aducir que una determinada vacuna no es aplicable por el sector salud porque no está en el listado previsto en la citada normativa, pese a que sí se encuentra incorporado por la Comisión al esquema básico de vacunación.

Ahora bien, el tribunal tomó una postura respetuosa ante el ámbito de competencia de los otros órganos estatales pues reconoció que no tiene la facultad para rebatir los argumentos técnicos por las cuales las autoridades sanitarias han fijado determinado esquema de vacunación y no otro. No obstante, el esquema aprobado debe otorgarse de manera oportuna, regular y eficaz por parte de las autoridades sanitarias correspondientes; asimismo, implica que los centros médicos dispuestos para las vacunaciones están obligados a suministrar el esquema básico a la población que lo requiera, siempre que no asistan situaciones médicas que puedan desaconsejarlo de alguna manera

En tal sentido, concluyó que, si desde febrero de 2007 ya la vacuna contra el neumococo había sido incorporada al esquema básico de vacunación, las autoridades del sector salud debieron prever desde entonces los compromisos financieros propios para su adquisición y otorgamiento. Con ello, la Sala apreció que se privilegió un formalismo –la comunicación oficial– por sobre la adecuada, efectiva y oportuna prestación de los servicios de salud.

La Sala declaró parcialmente ha lugar el recurso respecto a la vacuna de neumococo y ordenó a las autoridades la adopción de las acciones que se encuentren dentro del ámbito de sus competencias, para la inmediata aplicación de la vacuna contra el neumococo a la menor amparada, la realización de los trámites pertinentes para hacer efectiva la universalización de la vacuna, y la modificación del listado oficial de vacunas del esquema básico de vacunación establecido en el Reglamento²³⁴.

En cuanto a las vacunas de rotavirus y hepatitis A, no se ordenó su suministro a la menor por no estar disponibles en el esquema de vacunación. Sin embargo, se requirió realizar los trámites pertinentes para hacer efectiva la universalización de la vacuna contra el neumococo y el rotavirus.

La Sala sostuvo que no podría rebatir los argumentos técnicos que la Comisión haya dado para la incorporación de ciertas vacunas en el esquema oficial, mientras que otras no. Es decir, la Sala reconoce que estos son criterios técnicos, ajenos a su competencia; sin embargo, aclara que tales criterios no podían sustentarse en meros aspectos financieros.

En este caso no se refleja una acción tan emblemática como en el caso colombiano, puesto que la vacuna de neumococo ya había sido aprobada por la entidad administrativa correspondiente. No obstante, por cuestiones meramente burocráticas esta no se había iniciado a suministrar a la población. En tal sentido, la intervención de la Sala consistió precisamente en obligar a la Caja Costarricense del Seguro Social a comenzar con su implementación.

De esta manera, al garantizar el suministro oportuno de la vacuna se garantizó unos de los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud: la disponibilidad y la accesibilidad. Y es que, las limitantes burocráticas no pueden justificar la dilación o entorpecimiento para el acceso, calidad ni disponibilidad de los bienes y servicios de salud; al contrario, la Administración debe esforzarse por remover los obstáculos que le inhiben en garantizar la salud a la población.

²³⁴ Haideer Miranda Bonilla, *Las Sentencias Estructurales, en la actuación y Sala de lo Constitucional de Costa Rica*, *Revista IUS Doctrina*, (2018), 15.

1.3 Corte Constitucional Sudáfrica: Minister of Health vs. Treatment Action.

El VIH-Sida representa uno de los temas principales en Sudáfrica. En el 2002, el número de infectados ascendía aproximadamente a 5.5 millones de personas, esto es, 12% de la población; con una mortalidad diaria entre 800 a 1300 personas. Otros datos señaban que el 25% de las mujeres embarazadas portaban el virus²³⁵.

A partir del 2000, el gobierno sudafricano restringió el uso del medicamento Nevirapine que evita la transmisión de madre a hijo del VIH. La organización no gubernamental llamada Treatment Action Campaign (TAC) [Campaña de Acción por el Tratamiento] en compañía de otras organizaciones, interpusieron una demanda ante la Corte Constitucional, en la cual se alegaba que el Estado había prohibido la administración del referido medicamento en los hospitales públicos, pese a que su eficacia se había comprobado en la reducción del riesgo de transmisión y, por otro lado, se demandaba la acción oportuna del Estado para poner en funcionamiento un programa nacional para la prevención de la transmisión vertical del VIH.

Por su parte, el gobierno alegó la falta de recursos y su incapacidad para hacer funcionar un programa integral de tal naturaleza, así como la falta de seguridad y eficacia de la Nevirapina para prevenir la transmisión del VIH.

Con el apoyo de abogados de litigios estratégicos, TAC arguyó que la Constitución establecía el deber legal del gobierno de dar cumplimiento a los derechos humanos de las personas, entre estos el de la salud. En tal sentido, se alegó que el gobierno debía tomar la iniciativa para superar la falta de acceso al medicamento debido a su alto costo. El enfoque con el que TAC planteó su pretensión se apartó de las típicas demandas en que se solicitaban “mejores políticas para los pobres” de manear abstracta, sino que planteó alternativas basadas en el derecho que poseen las personas de recibir por parte del Estado un servicio de salud²³⁶.

El 5 de julio de 2002 Corte consideró “irrazonable”²³⁷ la restricción al uso recetado de Nevirapine y en su fallo ordenó la provisión del medicamento para las madres con VIH para evitar transmisión a sus hijos, medida que no existía en ese momento.

²³⁵Horacio Javier Etchichury, "Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos." *Interamericanización, Colección* (2020): 626, doi: https://www.mpil.de/files/pdf6/Interamericanizacion_de_los_DESCA.pdf

²³⁶TAC fue más allá de requerir que el gobierno cumpliera con una obligación “abstracta”. Con la ayuda de científicos e investigadores desarrollaron planes y propuestas de políticas alternativas que podrían cumplir razonablemente con la jurisprudencia constitucional. Mark Heywood, "South Africa's treatment action campaign: combining law and social mobilization to realize the right to health", *Journal of Human Rights Practice* (2009): 21, doi:<https://doi.org/10.1093/jhuman/hun006>.

²³⁷La negativa de parte del gobierno a distribuir la droga antirretroviral Nevirapina para reducir la transmisión del VIH de madre a hijo más allá de 18 sitios asignados como “piloto” se consideró no razonable. La Corte consideró que no existía una justificación sostenible para negar un tratamiento médico simple, económico y que posiblemente salvara la vida de mujeres pobres y sus bebés recién nacidos en el sector de salud pública. Sandra Liebenberg, "Adjudicación de derechos sociales en la Constitución de transformación social de Sudáfrica." *Anuario de Derechos Humanos* (2006): 54, doi: www.anuariocdh.uchile.cl

Las justificaciones que planteó el gobierno se fundaron en la supuesta falta de recursos y políticas públicas resultando tales alegaciones inconvincentes para la Corte. Así, el tribunal dispuso medidas de asistencia de vasto alcance, imponiendo al gobierno la distribución de la Nevirapina y la ampliación de la disponibilidad de servicios de exámenes de laboratorio y de orientación en hospitales y clínicas del sector de salud pública, en general para reducir la transmisión del VIH de madres a hijos²³⁸.

Sin embargo –y pese a que la parte demandante y los *amicus curiae* que intervinieron en el proceso plantearon la idea de obligaciones mínimas para el Estado, tal como lo establece el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales–, el Tribunal tomó la precaución de aclarar que las disposiciones constitucionales referentes a los derechos socioeconómicos no dan origen a un derecho personal ejecutable individualmente respecto de estos recursos y servicios. Es decir, para el Tribunal Constitucional el art. 27 de la Constitución sudafricana no da origen a un derecho positivo autónomo e independiente, que pueda hacerse efectivo por la justicia sin tomar en cuenta las consideraciones que el citado precepto prevé²³⁹. “De ahí que, el alcance de los deberes positivos del Estado esté limitado por los siguientes tres elementos clave: (a) la obligación de «adoptar medidas razonables de índole legislativa y de otra naturaleza»; (b) «lograr la realización progresiva» del derecho, y (c) «dentro de los recursos disponibles»”²⁴⁰.

Pese a que la Corte no fue “agresiva” con su intervención como lo hubiesen querido el TAC y los *amicus curiae*, dentro de los tipos de sentencias estructurales, esta puede calificarse como aquellas que ordenan la implementación de políticas públicas inexistentes, lo que implica que los actores políticos son forzados a agendar un conflicto que no lo tenían previsto, crear políticas y ejecutar programas para dar cumplimiento a lo ordenado. En tal sentido, el fallo implicó un avance para las políticas públicas de salud la cual beneficiaba directamente a las mujeres.

El caso TAC no tuvo seguimiento por parte del Tribunal pese a que este fijó órdenes perentorias para el Estado, pues este consideró que no existían razones para creer que el Gobierno no respetaría y ejecutaría lo ordenado. Sin embargo, una vez emitida la sentencia, el gobierno no mostró voluntad política para cumplir con lo ordenado²⁴¹.

De hecho, fue el movimiento TAC el que volvió a jugar esencial, pues comenzó a ejercer acciones de presión para obligar al acatamiento del fallo. Enviaron cartas, celebraron reuniones, e incluso interpusieron una queja ante la Comisión de Derechos Humanos sudafricana y presentaron denuncia por desacato contra el ministro de salud por el incumplimiento. En respuesta a estas acciones y a la sentencia, el gobierno finalmente adoptó un programa para la prevención de la transmisión vertical del VIH.

²³⁸Sandra Liebenberg, "Adjudicación de derechos sociales", 56.

²³⁹La Constitución sudafricana prevé en su art. 27 el derecho a la salud, el cual comprende los servicios de cuidado de la salud, incluyendo el cuidado de la salud procreador, entre otros; asimismo, en su inciso 2° decisiones que “[e]l Estado debe adoptar la legislación razonable y otras medidas, con sus medios disponibles, para la realización progresiva de cada uno de estos derechos”.

²⁴⁰Sandra Liebenberg, "Adjudicación de derechos sociales", 55.

²⁴¹Cano Luisa, "El litigio estructural en salud", 115.

La participación de TAC refleja un aspecto trascendental en este caso, y es que, sin el protagonismo del organismo no gubernamental no se hubiera logrado la eficacia de las órdenes emanadas por parte del Tribunal. Esta organización tenía experiencia en el manejo de al cinco menos litigios estratégicos²⁴², en muchos de estos no fueron apoyados por firmas de abogados sino por movimientos sociales, cobertura mediática. Esta forma de actuar es la que permitió se ganaran espacios para los sectores de la población desprotegida y se suministrara el medicamento preventivo.

2. Análisis jurisprudencial sobre políticas públicas de salud en El Salvador.

2.1 El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional salvadoreña.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el derecho a la vida. Y es que, de este último depende el ejercicio y goce de otros derechos contemplados en la Constitución.

En ese orden, la Sala ha acotado que el contenido específico del derecho a la vida comprende dos aspectos: *i*) el primero, que implica la prohibición dirigida a los órganos estatales y a los particulares de disponer, obstaculizar, vulnerar o interrumpir el proceso vital de las personas, es decir, a evitar la muerte; y *ii*) el segundo, vinculado al derecho a acceder a los medios o condiciones que permitan vivir de forma digna por lo que impone la necesidad de brindar a las personas las condiciones mínimas que, de manera indefectible, resultan indispensables para el desarrollo normal y pleno del proceso vital; razón por la cual tal derecho se encuentra estrechamente vinculado a otros factores o aspectos que coadyuvan con la procuración de la existencia física bajo estándares de calidad y dignidad, siendo una de estas condiciones el goce de la salud²⁴³.

En virtud de la trascendencia de este derecho –pues se vincula estrechamente con el bienestar físico, mental y social de la persona–, el Estado es el principal obligado a garantizar la conservación y restablecimiento de la salud de sus habitantes de conformidad a los arts. 2 y 65 de la Cn.

En orden de lograr este cometido, el Estado ha estructurado dos sistemas o regímenes para acceder a los servicios de salud pública: *i*) el régimen contributivo, al que pertenecen los sujetos vinculados laboralmente y los independientes con capacidad de pago; y *ii*) el régimen subsidiado por el Estado, al que recurren aquellos que no se encuentran dentro del anterior sistema de seguridad social y no pueden asumir los costos de una asistencia médica privada.

En la sentencia de 21 de septiembre de 2011, emitida en el amparo 166-2009, la Sala expuso –en sentido amplio– que la salud se refiere a un estado de completo bienestar físico y

²⁴²Mark Heywood, "South Africa's treatment action campaign", 22.

²⁴³Sala de lo Constitucional, sentencia de 17 de diciembre de 2007, amparo 674-2006.

mental de la persona, cuyo disfrute permite contar con una de las condiciones necesarias para poder vivir dignamente²⁴⁴.

Ahora bien, esta condición de bienestar no es un simple objetivo o fin para alcanzar por el Estado, sino que, consiste en un derecho fundamental que posee toda persona a acceder a los mecanismos que han sido dispuestos para garantizar la prevención, asistencia y recuperación de la salud, en los términos previstos en la Constitución.

Esta forma de visualizar la salud como derecho fundamental, es la que permite que los individuos puedan presentarse ante los tribunales a exigir la implementación de políticas públicas que conlleven garantizar todos los aspectos que requiere su materialización. Es decir, al definir la salud como un derecho fundamental y, por ende, ubicar al Estado como ente obligado frente a los individuos permite crear políticas públicas desde el enfoque de derecho.

Respecto al contenido específico del derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado tres aspectos o elementos esenciales que integran el ámbito de protección: *i*) la adopción de medidas para su conservación, pues la salud requiere tanto de una protección estatal activa como pasiva contra los riesgos exteriores que puedan ponerla en peligro, de ahí que se deba implementar medidas que, desde el punto de vista positivo, tiendan a la prevención de cualquier situación que la lesione o bien restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, eviten la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo; *ii*) la asistencia médica, en cuanto debe garantizarse a toda persona la posibilidad de disponer y acceder al sistema o red de servicios de salud; y *iii*) la vigilancia de los servicios de salud, lo cual implica la creación de las instituciones y los mecanismos que vigilen y controlen la seguridad e higiene de las actividades profesionales vinculadas a la salud²⁴⁵.

Respecto a este último elemento, la Sala ha señalado que el sistema de salud de país debe estar sometido a una continua revisión y actualización que propicie la incorporación de técnicas quirúrgicas, métodos terapéuticos, medicamentos, etc., idóneos para tratar los distintos padecimientos y así, ofrecer tratamientos eficaces para el restablecimiento de la salud o a tener una mejor calidad de vida, dependiendo del tipo de dolencia que se posea.

Otro aspecto que ha destacado la Sala respecto a este derecho es la valoración desde la perspectiva constitucional de las actividades estatales encaminadas a la conservación y protección de los derechos fundamentales que requieren de acciones positivas de parte del Estado, siendo la accesibilidad una de las características esenciales que debe garantizarse.

La aludida característica se refiere a la asequibilidad real de las personas de tener acceso a los centros de asistencia médica y a la prestación de los servicios. En sintonía con la Observación general n° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, la jurisprudencia constitucional señala que todas las personas tienen derecho a: *i*) acceso físico, social

²⁴⁴La definición expuesta por la Sala coincide con la contenida en los Principios básicos de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud suscrita el 22 de julio de 1946, en la que se precisó que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, en el que no solo se trata de la ausencia de afecciones o de enfermedades.

²⁴⁵Sentencias de 17 de diciembre de 2007, 21 de septiembre de 2011 y 17 de julio de 2015, amparos 674-2006, 166-2009 y 32-2012, respectivamente.

y económico a servicios adecuados de prevención, atención y rehabilitación de la salud; *ii*) disponer de los establecimientos, recursos y personal capacitado para la práctica de exámenes que coadyuven al diagnóstico de sus padecimientos; y *iii*) que se les apliquen los medicamentos, terapias y métodos que se consideren necesarios y adecuados, desde el punto de vista científico y médico, para el restablecimiento de la salud o, por lo menos, en los casos en que se desconoce la existencia de una cura, que disminuyan el sufrimiento o las consecuencias de la enfermedad, con el objeto de brindarles una mejor calidad de vida²⁴⁶.

En tal sentido las entidades de salud y los profesionales que las conforman deben brindar la mejor alternativa para tratar una enfermedad, por lo que, no pueden limitarse a suministrar el tratamiento terapéutico considerado como básico para determinado padecimiento, sino que deben realizar gestiones y acciones pertinentes para administrar al paciente los métodos, fármacos y técnicas más apropiados, cuando representen una forma más efectiva para el restablecimiento de su salud.

2.2 Amparo 32-2012 (caso de neonatos).

El amparo 32-2012 fue promovido contra el director general, subdirector de salud y el Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), así como de la directora del Hospital Primero de Mayo del ISSS, la ministra de Salud Pública y Asistencia Social, el Consejo Superior de Salud Pública y la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica por una persona que laboraba dentro del referido nosocomio.

En síntesis, el peticionario alegó que en el 2009 advirtió que se administraba a los recién nacidos con ventilación asistida, Midazolam como sedante rutinario, pese a que no existía evidencia científica de sus beneficios analgésicos y sedación, más bien, se habían señalado efectos adversos y un alto riesgo de problemas en el desarrollo neurológico, tales como hemorragia cerebral grave, déficit neurológico a largo plazo, o incluso, la muerte del neonato. Además, alegó que el Midazolam que se utilizaba era de tipo genérico con alto contenido de alcohol bencílico, pese a que su uso como preservativo en medicamentos y fluidos administrados vía parenteral a neonatos ha sido prohibido a nivel internacional por ser altamente tóxico para este grupo de la población.

Asimismo, en la parte actora señaló que existían otros métodos para el manejo de la ventilación mecánica asistida y que estos medicamentos –*v.gr.* el fentanyl y la morfina– se encontraban en la farmacia del hospital; sin embargo, estos casi no eran requeridos por la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales.

El peticionario, arguyó que informó sobre esta situación a las autoridades del ISSS y del Hospital, indicando los efectos nocivos del Midazolam con alcohol bencílico y solicitó que se adoptaran las medidas pertinentes para discontinuar su uso como sedante. Sin embargo, el medicamento se continuó administrando. En virtud de ello, el demandante denunció ante la CSSP y pidió la suspensión de la utilización Midazolam, dicha autoridad delegó a la JVPM investigara el uso del medicamento en las unidades de neonatología en los hospitales nacionales, esta emitió

²⁴⁶Sala de lo Constitucional, sentencias de 28 de mayo de 2013 y 25 de septiembre de 2017, amparos 303-2013 y 938-2014, respectivamente.

un oficio en el que, con base a estudios informaba a los directores de los hospitales del país y a las unidades técnicas de medicamentos de estos que el referido medicamento, solo debía administrarse a neonatos con ventilación asistida que convulsionaran y que fueran refractarios al tratamiento convencional, ya que este no debía ser la primera elección como sedante; además, se expuso por dicha autoridad que, en todo caso, este no debía contener alcohol bencílico debido a los daños hepáticos que podría generar.

Las autoridades del nosocomio aseveraron que el medicamento únicamente se había administrado en dos casos: *i*) a neonatos con ventilación mecánica convencional o de alta frecuencia que no habían respondido a los medicamentos de primera línea –fentanyl y morfina–, y *ii*) como anticonvulsionante, cuando el recién nacido no respondió al tratamiento convencional.

Ante la demanda planteada, la Sala de lo Constitucional admitió la demanda fijando el control de constitucionalidad en la etapa de farmacovigilancia del producto farmacéutico en mención, por lo que se centró en las acciones que las autoridades demandadas adoptaron frente a la denuncia promovida por el actor a finales de 2009 sobre los efectos adversos y riesgos generados por la administración de Midazolam con alcohol bencílico en etapa neonatal, a fin de determinar si tales actuaciones habrían vulnerado el derecho a la salud de los recién nacidos.

En el proceso se estableció que la JVPM efectuó una investigación y como resultado acordó aceptar las valoraciones del demandante sobre el uso del medicamento en cuestión y envió a los directores de los nosocomios una serie de recomendaciones sobre su uso.

Por su parte, el CSSP–autoridad pública con la facultad para prohibir el uso de medicamentos–, luego de haber recibido el informe de la JVPM, así como las opiniones técnicas de la Asociación de Neonatología de El Salvador, el Ministerio de Salud y la Organización Panamericana de la Salud, acordó el 8 de septiembre de 2010 prohibir el uso del medicamento inyectable en neonatos en las unidades de cuidados intensivos de hospitales públicos y privados, y procedió a comunicarlo a los titulares de las instituciones sanitarias directamente, así como efectuó una publicación en los periódicos de circulación nacional el 29 de octubre de 2010.

Dentro del proceso se presentó numerosa prueba documental por parte del demandante, así como por parte de las autoridades demandadas. Asimismo, se efectuó un peritaje de expedientes clínicos de pacientes asistidos en la UCIN y se realizó una audiencia oral para recibir la declaración de la parte actora.

En la sentencia del amparo 32-2012, la Sala de lo Constitucional expresa que luego de verificar las pruebas y alegatos planteados por las partes, constató que, por un lado, en el Hospital Primero de Mayo se utilizaba como sedante rutinario Midazolam con alcohol bencílico en neonatos con ventilación asistida en la UCIN y, por otro, que el Director General, el Subdirector de Salud, el Consejo Directivo del ISSS y la Directora del referido nosocomio, no adoptaron ninguna medida orientada a investigar y corroborar la veracidad de los hechos denunciados por el demandante, ni

tomaron medida precautoria alguna respecto al uso de fármaco mientras se realizaban las investigaciones de bioseguridad²⁴⁷.

Asimismo, se comprobó que las autoridades del ISSS y el Hospital Primero de Mayo no acataron la prohibición emitida por el CSSP respecto al uso de Midazolam, pues en la inspección efectuada por la JVPM se verificó que se había administrado a algunos recién nacidos.

En tal sentido, la Sala concluyó que tales omisiones de las autoridades del ISSS y del centro hospitalario en referencia "... pusieron en peligro la salud de los neonatos a quienes se les suministró Midazolam pues se les expuso a efectos adversos graves y a un elevado riesgo de problemas en su desarrollo neurológico..." por lo que tales actuaciones colocaron en riesgo el derecho a la salud de los referidos recién nacidos.

En sus fundamentos de derecho, la Sala retomó su jurisprudencia referente al derecho a la salud y destacó que dentro del contenido específico de este derecho se han desarrollado tres aspectos o elementos esenciales que integran el ámbito de protección de este derecho: *i)* la adopción de medidas para su conservación, es decir, es necesario una protección estatal activa como pasiva contra los riesgos exteriores que puedan ponerla en peligro, de ahí que se deba implementar medidas que, desde el punto de vista positivo, tiendan a la prevención de cualquier situación que la lesione o bien restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, eviten la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo; *ii)* la asistencia médica, en cuanto debe garantizarse a toda persona la posibilidad de disponer y acceder al sistema o red de servicios de salud; y *iii)* la vigilancia de los servicios de salud, lo que implica la creación de instituciones y mecanismos que vigilen y controlen la seguridad e higiene de las actividades profesionales vinculadas a la salud²⁴⁸.

Asimismo, la Sala acotó que las autoridades sanitarias, así como los profesionales de salud y los centros de asistencia médica están obligados de controlar y vigilar de manera permanente la calidad, seguridad y eficacia de los tratamientos médicos que se brindan a la población.

En tal sentido, como efecto restitutorio de la sentencia, la Sala ordenó a las autoridades del ISSS y del Hospital Primero de Mayo *i)* adoptasen las medidas idóneas y tomaran las acciones pertinentes para que no se utilice Midazolam –con o sin alcohol bencílico– como sedante en recién nacidos –sin importar el término de semanas– que se encuentran en la UCIN; *ii)* ejecuten las medidas necesarias para individualizar, ubicar y, en su caso, reconstruir los cuadros clínicos de los pacientes a los que se les administró el aludido medicamento, a quienes deberá realizar estudios especializados para establecer su condición actual y brindarles la asistencia y el tratamiento médico adecuado que requieran; *iii)* realicen las acciones concretas necesarias con el fin de revisar y fortalecer el programa interno de farmacovigilancia a fin de actuar de manera pronta y oportuna frente a las denuncias de sospechas de efectos adversos, y *iv)* efectuar las gestiones necesarias con las autoridades reguladoras para mejorar los canales interinstitucionales de comunicación a fin de

²⁴⁷Sala de lo Constitucional, sentencia de 17 de julio de 2015 emitida en el amparo 32-2012, romano VII, apartado A. e.

²⁴⁸Sala de lo Constitucional, sentencia de 17 de julio de 2015 emitida en el amparo 32-2012, romano V, apartado 1.B.

que el intercambio de información sobre los resultados de las actividades de vigilancia pos comercialización de los productos farmacéuticos sea continúa, permanente y actualizada.

Por otra parte, al Ministerio de Salud, como ente rector del Sistema Nacional (SNS) de Salud se le ordenó: *i)* adoptar las medidas idóneas y tomar las acciones pertinentes para coordinar con los miembros del SNS y la participación del sector privado la revisión y actualización de la Política Nacional Farmacéutica, específicamente lo referente a la creación y funcionamiento permanente de un sistema nacional de farmacovigilancia; *ii)* elaborar estrategias y líneas de acción orientadas a proteger la salud de la población en etapa neonatal, frente a la comercialización, dispensación y prescripción de medicamentos indicados a este grupo; y *iii)* ejecutar las medidas necesarias para garantizar que, durante la etapa de ejecución de la política antes mencionada, se realicen de manera efectiva –a través de las autoridades investidas de las facultades de vigilancia del control de seguridad y eficacia de los medicamentos en la práctica clínica, a fin de asegurar que la población no será sometida a productos farmacéuticos inseguros.

Por último, ordenó al CSSP y a la JVPM que, con la colaboración del MINSAL y las entidades estatales, verificaran e informen a este tribunal el cumplimiento de las actuaciones ordenadas a las autoridades del ISSS y del Hospital Primero de Mayo.

En orden de verificar el cumplimiento de todo lo ordenado, la Sala estableció que las autoridades debían informarle dentro del plazo de noventa días calendario, contados a partir del siguiente al de la notificación de la sentencia, sobre las decisiones que hubiesen adoptado las acciones concretas que han efectuado o realizarán a efecto de cumplir con lo que les ha sido ordenado en la sentencia.

La Sala de lo Constitucional ha dado seguimiento a la sentencia emitida mediante autos de cumplimiento en los que ha requerido informes a las autoridades obligadas y ordenado distintas acciones para dar cumplimiento a la sentencia. Asimismo, ha verificado si lo ejecutado por el ISSS realmente se apega a los mandatos contenidos en el fallo.

En la fase de cumplimiento, la Sala no solo ha verificado los mandatos con efectos generales sino también ha ordenado examinar a un paciente en particular quien compareció ante la Sala en esta etapa de cumplimiento, identificándose como uno de los menores a quien se le suministró midalozam en el 2011, alegando que no se le brindaba la asistencia médica a los padecimientos asociados al posible suministro del medicamento, ya que las autoridades del ISSS expresaron que primero debían verificar sus registros para determinar si al nacer se le administró el aludido fármaco. De acuerdo con la Sala de lo Constitucional el criterio de la autoridad era inadmisibles de conformidad con el interés superior del niño, por lo que le ordeno evaluar la condición del menor, brindarle la asistencia y tratamientos necesarios²⁴⁹.

Además, se requirió al ISSS que publicara en un periódico de circulación nacional un comunicado institucional en el que informara a los padres de familia cuyos hijos hayan nacido en el Hospital Primero de Mayo, a los que se les habría suministrado el medicamento midalozam, con el fin de que se identificaran a los pacientes y se les efectuara una evaluación para determinar su

²⁴⁹Auto de 26 de septiembre de 2016, amparo 32-2012.

estado de salud actual y si estos no habrían sido afectados por la administración de dicho medicamento.

Si bien, el ISSS efectuó la comunicación mediante su página web y un periódico de circulación nacional, dicho comunicado fue corregido por la Sala de lo Constitucional en dos ocasiones, en el sentido que no se restringiera el acceso a los servicios de salud a los neonatos a quienes se suministró el mencionado medicamento en atención al año en el que recibieron la asistencia médica en el citado nosocomio ni exigirles la presentación de documentación que, en todo caso, era obligación de este poseerla²⁵⁰.

En tal sentido, se indicó que “... las autoridades demandadas no pueden pretender que esas personas [afiliados a quienes se les suministró el medicamento] soporten las consecuencias derivadas de su negligencia en el manejo de esa información negándoles el acceso a los servicios de salud a los que tienen derecho...”²⁵¹. Y es que, la Sala señaló que es el ISSS quien tiene el deber de recopilar, procesar, administrar, proteger y conservar la información médica de sus afiliados.

Como resultado de dicho comunicado, para el año 2018, cuarenta y seis personas contactaron el hospital y programaron la evaluación de los menores por parte de especialistas de neurología.

Por otra parte, se observa que las autoridades del ISSS mostraron anuencia respecto a los mandatos emitidos por la Sala, incluso aquellos que no se indicaron en la sentencia, sino que surgieron dentro de la fase de cumplimiento, tal como la creación de una base de datos electrónica de la información de los expedientes clínicos pasivos –con 5 años de inactividad–²⁵², con lo que se pretende resguardar y controlar de manera más eficiente la información de cada paciente, ello como consecuencia del impase al que se enfrentó la mencionada institución para poder individualizar a los pacientes a quienes se les había administrado midalozam ya que algunos de los expedientes habían sido descartados.

Además, el ISSS ha efectuado acciones para mejorar el sistema de farmacovigilancia en la red hospitalaria y centros de salud del ISSS, entre estas está la elaboración e implementación del Manual de normas y procedimientos del Departamento de Farmacoterapia y las Normas de Integración y funcionamiento de los Comités Locales de Farmacoterapia, los cuales han sido ratificados en el Manual de Normas y Procedimientos Selección Estandarizada y Regulación de Medicamentos y Dispositivos Médicos en enero de 2021.

2.3 Amparo 749-2014 (caso de esterilización forzada).

La parte actora expresó en su demanda que el 24 de junio de 2010, cuando era menor de edad, se le diagnosticó que era portadora del virus de inmunodeficiencia humana (VIH positivo) también se le informó que estaba embarazada, por lo que, el 23 de julio de 2010 inició los controles médicos de su infección en el Hospital Nacional de Maternidad (HNM).

²⁵⁰Autos de 28 de mayo y 23 de noviembre de 2018, amparo 32-2012.

²⁵¹Auto de 28 de mayo de 2018, amparo 32-2012.

²⁵²Auto de 28 de enero de 2018, amparo 32-2012

A las siete horas del 23 de diciembre de 2010 fue ingresada para dar a luz a su hija por medio de cesárea. La demandante sostuvo que desde que ingresó al hospital, el personal de salud que la atendió le preguntó recurrentemente y con insistencia si optaría por un procedimiento de esterilización, a lo que la paciente se negó. Tal insistencia aduce que se debía a su condición de portadora del VIH.

La demandante afirmó que el personal sanitario le manifestó que si no firmaba la autorización de esterilización no se le realizaría la cesárea, es decir, se condicionó la atención de salud –tanto de ella como de su hija–, a la autorización del procedimiento de esterilización. Ante esta situación, la peticionaria se sintió forzada a firmar un documento que presume fue una autorización para el procedimiento sugerido.

Además, es preciso acotar que cuando la actora dio a luz tenía diecisiete años y aproximadamente seis meses de haber sido diagnosticada con VIH, por lo que posiblemente al momento en que se le practicó la esterilización no asimilaba de forma adecuada su embarazo y su enfermedad,

Por otra parte, la apoderada de la actora manifestó que su representada no pudo tener acceso a su expediente médico ni a las referencias respecto del personal que le atendió en esa ocasión, pese a que presentó dos solicitudes requiriendo dicha información.

En virtud de los hechos descritos, la abogada de la demandante afirmó que su patrocinada fue víctima de un procedimiento de esterilización forzada, en virtud de su condición de portadora de VIH, por lo que consideró que el director del Hospital de Maternidad incurrió en vulneraciones a los derechos fundamentales a la integridad física y moral; igualdad, no discriminación y trato digno; derecho a la información y "a la toma de decisiones libres e informadas sobre su salud"; así como los derechos reproductivos de su mandante.

Luego de aplicar el principio de suplencia a Sala de lo Constitucional admitió la demanda y circunscribió el control de constitucionalidad a las acciones atribuidas al director del Hospital de Maternidad, que de acuerdo a la parte actora derivaron en la realización de un procedimiento de “esterilización forzosa” sobre la demandante, en virtud de que, a pesar de mediar una supuesta acta de consentimiento, la misma fue suscrita por la paciente bajo condiciones coercitivas, pues alegó que el personal sanitario condicionaron la atención médica a la firma de una autorización, lo cual vulneró sus derechos a la salud reproductiva.

La autoridad demandada negó los hechos denunciados por la actora, pues esta tuvo control prenatal en el nosocomio por ser una paciente de alto riesgo, su caso fue atendido por un equipo multidisciplinario de las distintas áreas, tales como infectología, nutrición, psicología, cuidados obstétricos y trabajo social, por lo que sostuvo que se le brindó una atención diligente y oportuna. Además, afirmó que nunca se condicionó la atención del parto a la firma del documento de autorización para la práctica de la esterilización, pues el personal que labora en el hospital es respetuoso del derecho a la salud de sus pacientes. Asimismo, arguyó que no era cierto que a la paciente se le hubiera discriminado en razón de ser portadora del VIH, ni se aprovechó del supuesto estado de consciencia disminuida de aquella a fin de obtener el consentimiento para su esterilización dado que el tipo de anestesia que se le aplicó le permitía permanecer alerta de lo que ocurría.

Alegó que la Guía Técnica en Atención de Planificación Familiar (GTAPF) aprobada por el MINSAL no establece una prohibición o contradicción médica para practicar esterilizaciones a ciertos pacientes debido a la edad o del diagnóstico médico que la actora presentaba al momento de practicársele dicho procedimiento, aclaró que solo se exige que haya un consentimiento informado de la paciente a quien se le aplicará dicho método de planificación familiar.

La Sala expuso que la autodeterminación reproductiva es un derecho fundamental que permite a su titular decidir libremente si desea procrear o no, reconociéndole autonomía para elaborar su proyecto de vida en el ámbito reproductivo de acuerdo con su voluntad informada, sus valores y expectativas. En tal sentido, este derecho busca garantizar el libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que le permite a todo ser humano decidir la conformación de su familia, es decir, la posibilidad de ser padre o madre, escoger la persona con quien desarrollará el plan de procreación, el número de hijos que tendrá y el intervalo que mediará entre ellos²⁵³.

Al respecto, explicó que los derechos reproductivos poseen una dimensión prestacional que impone obligaciones positivas para el Estado con las que se pretende garantizar a toda persona las condiciones óptimas y dignas para procrear. Entre estas obligaciones está la de orientar la persona en materia de planificación familiar, lo que implica brindarle la información necesaria y adecuada para que tome decisiones con libertad y responsabilidad respecto a su proyecto de vida en el ámbito reproductivo y ejerza control sobre su fecundidad.

Asimismo, la GTAPF establece el derecho de las personas a ser informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, efectivos, accesibles, aceptables y que sean de su elección.

En ese orden, se infiere que la planificación familiar tiene una dimensión prestacional en la que corresponde al Estado orientar a la persona sobre los métodos que puede utilizar para controlar su fecundidad, y otra individual que garantiza a la persona un ámbito de libertad para controlar su fertilidad. Ahora bien, para que se ejerza con plenitud la dimensión individual es necesario contar con la información adecuada, a efecto que las decisiones que tome la persona sean las más adecuadas de conformidad a su proyecto de vida.

Por otra parte, la Sala expuso que, en el campo biomédico, el consentimiento informado debe reunir ciertos requisitos de acuerdo a la naturaleza de la relación en la que se originan: “*i*) el paciente debe manifestar su voluntad luego de haber recibido información adecuada sobre la clase de procedimiento que se le practicará, los fármacos que se utilizarán, sus posibles efectos (positivos y negativos) y las alternativas que pueden ser aplicadas en el caso; *ii*) la decisión del paciente debe ser voluntaria, es decir, no se debe adoptar como resultado de la coacción de otra persona ni debe ser inducida por el personal médico, y *iii*) en el momento en el que se autoriza el procedimiento, el usuario debe estar en condición de decidir por sí mismo”²⁵⁴.

Ahora bien, el consentimiento informado de los niños y adolescentes está sujeto a reglas especiales que pretende brindar una especial protección derivada de su condición de

²⁵³Sala de lo Constitucional, apartado IV 1.C.a, sentencia de 11 de marzo de 2015, amparo 749-2014.

²⁵⁴Sala de lo Constitucional, apartado V 2.A.a, sentencia de 11 de marzo de 2015, amparo 749-2014.

vulnerabilidad. Este debe atenderse desde la perspectiva de su derecho a la autodeterminación y a la salud reproductiva, así como al carácter personalísimo de la autodeterminación reproductiva.

En tal sentido se indicó que la GTAPF establece que, al tratarse de adolescentes sexualmente activo, es necesario brindarles una orientación oportuna sobre planificación familiar de forma completa y comprensible. En cuanto a los métodos de planificación familiar permanente, al implicar la aceptación de la pérdida de su capacidad reproductiva, no podrían ser aplicados a menores de edad, pues estos no pueden actuar por sí mismos por carecer de un grado de madurez suficiente para tomar una decisión de tal magnitud de manera reflexiva.

Esta es una excepción a la regla general en la que los representantes del adolescente pueden dar su consentimiento en nombre de aquel. Y es que, como se señaló, la autodeterminación reproductiva es de carácter personalísima, por lo que ni los progenitores del menor pueden consentir en una esterilización.

Respecto a las valoraciones fácticas, la Sala se basó sus conclusiones en la prueba testimonial, pericial y documental presentada en el proceso. Entre los hechos que se tuvieron probados destacan: que la demandante recibió nueve controles prenatales, en los cuales nunca fue orientada sobre los métodos de planificación familiar, en el último control se le ingresó para realizarle una cesárea por tener diagnóstico de 37.6 semanas de embarazo y un centímetro de dilatación. En el mismo momento en que fue trasladada a la sala de operaciones suscribió un documento en el que autorizó se le realizara una esterilización quirúrgica por razones médicas y no desear tener más hijos, en esa fecha la actora tenía diecisiete años.

Asimismo, se estableció que según el personal de salud del Hospital de Maternidad la consejería para practicar la esterilización se proporciona a toda mujer en trabajo de parto, independientemente de su edad y condición de salud, y que éste es un procedimiento de rutina. Además, se determinó que los protocolos y guías de atención sobre planificación familiar no establecen lineamientos sobre la esterilización de personas portadoras del VIH, pero sí regulan la forma en la que se debe brindar la consejería previa a la implementación de métodos anticonceptivos y, en especial, la que se debe proporcionar a los adolescentes.

Del peritaje sobre el estado psíquico a la demandante se evidenció que la esterilización que le fue practicada probablemente fue un factor para los síntomas depresivos que esta adoleció.

En tal sentido, se comprobó que en la práctica hospitalaria del referido nosocomio se esteriliza a niñas y adolescentes con el único requisito que estas suscriban un formulario de autorización para tal efecto. Y es que, dentro de la prueba testimonial se declaró que “una menor de doce años de edad puede ser esterilizada según la normativa de planificación familiar”²⁵⁵.

En ese orden, se concluyó que la actora fue esterilizada cuando aún era adolescente y no tenía capacidad plena para otorgar su consentimiento informado para someterse a dicho procedimiento quirúrgico que implicaba la pérdida de su capacidad reproductiva, por lo que se determinó que se había vulnerado su derecho a la autodeterminación reproductiva.

²⁵⁵Sala de lo Constitucional, sentencia de 11 de marzo de 2015, amparo 749-2014

En el caso de la demandante, habiéndose consumado la vulneración a su derecho y la irreversibilidad de su esterilización, no cabía la restitución material de su derecho, únicamente quedaba la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial directamente al funcionario responsable o al Estado por la lesión sufrida por el mal funcionamiento de la Administración. Sin embargo, la Sala ordenó a la autoridad demandada que garantizara a la peticionaria el tratamiento psicológico apropiada para superar las secuelas causadas por la actuación reclamada.

Ahora bien, con base en la dimensión objetiva del amparo, la Sala de lo Constitucional extendió los efectos de la sentencia con el objeto de evitar vulneraciones de derechos fundamentales en casos análogos en el precedente.

En tal sentido, estableció que toda autoridad o profesional médico en el ámbito público o privado debe abstenerse de avalar o practicar cualquier procedimiento médico que prive definitivamente de su capacidad reproductiva a pacientes –hombres y mujeres– que aún no hayan alcanzado la mayoría de edad, salvo que dicho procedimiento se utilice para salvaguardar la vida, la salud o integridad física de tales pacientes, aun cuando estos manifiesten su voluntad de utilizar tales métodos, en el supuesto de que no exista peligro alguno para su vida, salud o integridad personal.

En orden de potenciar el cumplimiento del anterior mandato, la Sala requirió al MINSAL a que diera a conocer el contenido de la sentencia a los viceministros, directores y demás funcionarios y empleados del sistema nacional de salud, cuya actividad esté vinculada con el ámbito de la prestación de servicios de salud reproductiva.

Además, el MINSAL debía revisar y actualizar la GTAPF, considerando los estándares nacionales e internacionales contenidos en los tratados de derechos humanos vigentes en el país sobre derechos de la niñez y discriminación contra la mujer, así como los contenidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencias. Así como, capacitar al personal de salud a fin de poder brindar consejería adecuada en este tipo de casos.

En este caso, la Sala de lo Constitucional no señaló ningún plazo para verificar las órdenes pronunciadas, ni ha emitido autos de seguimiento para tales efectos, confiando en que las autoridades darán cumplimiento a los mandatos estipulados en el fallo.

Ahora bien, la demandante no ha acudido ante la Sala a denunciar el incumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia en lo que le concierne directamente, por lo que se infiere que se le ha ofrecido el acompañamiento que psicológico ordenado.

Con relación a los mandatos al MINSAL referente a la actualización de la GTAPF, se observa que en agosto de 2016 se emitieron los Lineamientos Técnicos para la Provisión de Servicios de Anticoncepción. En estos lineamientos se encuentran algunos apartados referentes a la esterilización como método anticonceptivo permanente señalando como un lineamiento general que debido a sus efectos requiere de una previa y amplia consejería a la persona que pretende efectuársela y que esta llene la hoja de consentimiento informado.

Asimismo, se indica que, en el caso de personas jóvenes sin hijos, con hijos del mismo sexo, uniones inestables, personas con problemas psiquiátricos y aquellos con estados depresivos debe existir un especial énfasis en la consejería previa a optar a la esterilización, pues estos grupos son los que estadísticamente muestran un arrepentimiento posterior.

Se observa que los adolescentes y las personas con VIH positivo son tratados como grupos que requieren de una atención especial. Respecto a los adolescentes se señala que debido a que no cuentan con la madurez física, psicológica, emocional, económica y social, estos no están preparados para afrontar responsablemente las consecuencias de las relaciones sexuales y pueden ponerse en riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual, cáncer de cuello uterino, embarazos no planeados y complicaciones obstétricas.

En los criterios para recomendar un método anticonceptivo a este grupo etario, se indica que, en general, los adolescentes pueden utilizar cualquier método anticonceptivo y deben tener acceso a las distintas opciones. En tal sentido, enfatiza que la edad por sí misma no constituye una razón médica para negar cualquier método anticonceptivo a un adolescente²⁵⁶.

En tal sentido, –aparentemente– los referidos lineamientos no establecen de manera clara y directa la prohibición que determinó la Sala respecto a la práctica de esterilizaciones en adolescentes. Sin embargo, los métodos que esbozan los lineamientos en el apartado referente a los adolescentes, todos son de tipo temporal o reversibles –*v.gr.* anticonceptivos reversibles de larga duración, los inyectables sólo de progestina, los dispositivos intrauterinos y el implante subdérmico–.

Ahora bien, al abordar la esterilización quirúrgica se indica que “no tiene ninguna contraindicación médica especial” y puede realizarse en cualquier momento a toda persona que voluntariamente lo solicite, siempre y cuando exprese seguridad en su decisión y no haya un embarazo, debiendo haber recibido consejería previa apropiada y haya firmado o autorizado un consentimiento informado, independiente de la edad y paridad²⁵⁷.

Esta última indicación es generalizada pues no exceptúa el caso de los adolescentes, niños o niñas que –voluntaria o involuntariamente– pretendan efectuarse el procedimiento quirúrgico de esterilización, pese a que la prohibición establecida en la sentencia en comento es clara. Y es que, el criterio de los lineamientos parece únicamente atender las condiciones físicas de un adolescente o niño quien médicamente podría soportar la intervención quirúrgica y evolucionar positivamente de ella. Sin embargo, no considera el aspecto psicológico de este grupo etario quienes, tal como lo indica la Sala de lo Constitucional y los mismos lineamientos no poseen el nivel de madurez para tomar una decisión de tal relevancia.

En ese orden, se advierte que pese a que el MINSAL conoce del mandato contenido en la sentencia²⁵⁸, los lineamientos emitidos por las autoridades públicas de salud no cumplen uno de

²⁵⁶ Lineamientos Técnicos para la Provisión de Servicios de Anticoncepción (2016), 110.

²⁵⁷ Lineamientos Técnicos para la Provisión de Servicios de Anticoncepción (2016), 99.

²⁵⁸ En la respuesta brindada por la Coordinadora de la Unidad de Atención Integral a la Mujer y Hombre adulto [anexo 2], se observa que las autoridades del MINSAL conocen sobre la prohibición expresa ordenada en la sentencia pronunciada en el amparo 749-2014; sin embargo, pese a que los lineamientos se emitieron con posterioridad a la referida sentencia esta no fue incluida.

los mandatos principales de la sentencia y, que la Sala de lo Constitucional no se ha pronunciado al respecto, pues –aparentemente– desconoce de las acciones tomadas por los entes administrativos encargados de la salud de la población pues no ha existido una fase de seguimiento en este caso.

2.4 Amparo 938-2014 (caso pacientes con hemofilia).

Las personas que plantearon este amparo alegaron ser pacientes de hemofilia²⁵⁹ en el Hospital Nacional Rosales (HNR), institución la cual, junto con el Hospital Nacional de Niños Benjamín Bloom (HNBB), constituyen los únicos dos hospitales de la red pública nacional que proveen el tratamiento de control para este padecimiento.

Expusieron que la enfermedad que adolecen puede manifestarse de forma severa, moderada o leve, y puede llegar a causar hemorragias, daños en las articulaciones y hasta parálisis. Dicha enfermedad no tiene cura, sino más bien un tratamiento preventivo y de control, de manera que los pacientes con hemofilia requieren inyecciones intravenosas del factor de coagulación insuficiente, tratamiento que se conoce como "tratamiento restituido de factor".

Sin embargo, los actores alegaron que los mencionados hospitales no estaban administrando los tratamientos preventivos y de control antes descritos por falta de medicamentos, lo que atribuían a la supuesta falta de asignación de recursos presupuestarios suficientes para ello. Como consecuencia de lo anterior, manifestaron que los nosocomios implementan tratamientos alternativos que consisten en la administración de morfina, tramadol y/o oxicodona, para aliviar el dolor, o a inyecciones de plasma fresco congelado y crío precipitado, lo cual –a juicio de los demandantes– tiene cierto riesgo biológico en su uso. Además, sostuvieron que los tratamientos profilácticos (preventivos) en niños con hemofilia tipo "A" habían sido suspendidos por falta de presupuesto, mientras que, los menores con hemofilia tipo "B" no recibían tratamiento, por representar un grupo minoritario²⁶⁰.

Los demandantes expusieron que las autoridades de los hospitales en mención habían actuado de manera negligente y para sustentar su afirmación manifestaron que, de conformidad a un informe de 1 de diciembre de 2014, emitido por el departamento contable del HNR, se reflejaba que dicho nosocomio había disminuido el número de unidades de factor VIII adquiridas en los años 2012 al 2014. Además, el mismo informe señala que la totalidad de pacientes bajo control por la enfermedad en el HNR presentan secuelas en forma de daño articular o incapacidades físicas derivadas del abordaje deficiente de dicho padecimiento, lo cual es una muestra de que el tratamiento ofrecido no es el idóneo.

En ese orden, para la parte actora las vulneraciones constitucionales denunciadas se reflejaban en los siguientes aspectos: *i*) falta de un presupuesto financiero necesario y suficiente para la adquisición de los medicamentos adecuados, seguros y efectivos para el tratamiento de los pacientes con hemofilia; *ii*) falta del personal e instalaciones necesarios para atender a dichos

²⁵⁹La hemofilia es un desorden hemorrágico hereditario y congénito, originado por mutaciones en el cromosoma X, caracterizado por la disminución o ausencia de la actividad funcional de los factores VIII o IX. La ausencia de uno de estos factores es lo que determina el tipo de hemofilia: tipo A o tipo B. Susana Garbiero," Hemofilia", Guías de Diagnóstico y Tratamientos, (2019), doi: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/119832>.

²⁶⁰Sala de lo Constitucional, auto de admisión de 12 de diciembre de 2014, amparo 938-2014.

pacientes; y *iii*) uso de alternativas terapéuticas que comportan riesgos para la salud de los afectados, como transfusiones de plasma fresco congelado y crioprecipitados y suministro de analgésicos que generan adicción²⁶¹.

En tal sentido, la demanda se admitió la demanda circunscribiendo al control de constitucionalidad las omisiones por parte de los directores del HNR y el HNBB de proveer los tratamientos preventivos y restaurativos idóneos a los pacientes con hemofilia; así como las acciones u omisiones por parte del Ministro de Hacienda y la Ministra de Salud Pública y Asistencia Social, que derivaron en una asignación presupuestaria insuficiente para el tratamiento de los pacientes con hemofilia. Lo anterior, por las supuestas violaciones al derecho a la salud y el incumplimiento de la atribución constitucional del Estado de proporcionar salud como un bien público a favor tanto de los demandantes en particular, como de todos los pacientes hemofílicos en El Salvador.

Asimismo, se ordenó como medida cautelar que las autoridades demandadas se aseguraran que los pacientes hemofílicos de la red nacional de salud pública tuvieran acceso al tratamiento restaurativo de factor y particularmente, que los niños afectados la esta enfermedad cuenten con el tratamiento profiláctico pertinente sin distinción alguna, es decir, independientemente del tipo de hemofilia que padezcan o del nivel de gravedad de su padecimiento.

El director del HNR expresó que la aplicación de forma profiláctica el factor deficiente no siempre resultaba lo adecuado, pes en ocasiones promueve la aparición de “anticuerpos antifactor exógeno” o inhibidores, lo cual vuelven a los pacientes tolerantes al tratamiento de reemplazo del factor deficiente en casos de hemorragia aguda. Asimismo, sostuvo que el tratamiento de la hemofilia no es exclusivamente restituir el factor deficiente sino la implementación de un conjunto de medidas generales que permitan a los pacientes llevar una vida normal.

Por su parte, el director del HNBB expresó que no se emplearon indebidamente los recursos financieros destinados al tratamiento de pacientes con hemofilia por lo que, si el reclamo no radicaba en la administración deficiente de los recursos disponibles sino su cuantía, las acciones debían dirigirse a los órganos de Estado encargados del presupuesto. Asimismo, indicó que tales acciones pertenecían al “ámbito de la reivindicación política representativa y no al de las demandas judiciales contra autoridades que se limitan a ejecutar los fondos predeterminados para la atención médica del sector en cuestión”²⁶².

El MINSAL aseveró que la determinación de los montos en el presupuesto para el rubro de medicamentos tiene como base la información proporcionada por cada hospital o región de salud, de conformidad a los planes que estos remiten al MINSAL en los que determinan el medicamento y la cantidad que debe adquirirse cada año. No obstante, afirmó que la cantidad de factores de coagulación VIII y IX adquiridos para pacientes hemofílicos habían incrementado en el período de 2010 al 2014.

²⁶¹Sala de lo Constitucional, sentencia de 25 de septiembre de 2017, amparo 938-2014.

²⁶²Sala de lo Constitucional, sentencia de 25 de septiembre de 2017, amparo 938-2014.

En tal sentido, la demanda se admitió para controlar la constitucionalidad de las omisiones por parte de los directores del HNR y el HNBB de proveer los tratamientos preventivos y restaurativos idóneos a los pacientes con hemofilia; así como las acciones u omisiones por parte del Ministro de Hacienda y la MINSAL, que derivaron en una asignación presupuestaria insuficiente para el tratamiento de los pacientes con hemofilia. Lo anterior, por las supuestas violaciones al derecho a la salud y el incumplimiento de la atribución constitucional del Estado de proporcionar salud como un bien público a favor tanto de los demandantes en particular, como de todos los pacientes hemofílicos en El Salvador –interés difuso–.

En el desarrollo del proceso se recibió prueba documental, se ordenó a médicos del Instituto de Medicina Legal realizar un peritaje a los expedientes clínicos de los pacientes de ambos nosocomios; asimismo, se celebró audiencia en la que se recibió la declaración de testigos propuestos por el HNBB y el informe del médico forense.

Los testigos de la parte actora declararon entre otras cosas que en el HNBB en el período comprendido entre agosto de 2013 y agosto 2015 existían registrados 110 pacientes con hemofilia, de los cuales 93 presentaban la forma moderada o severa de la enfermedad y, conforme a las guías de manejo a las que supuestamente se ciñe el personal de dicho hospital, todos deberían haber estado incluidos dentro del programa de profilaxis; sin embargo únicamente 27 recibían dicho tratamiento, sin que se determinaran los criterios por los cuales se incluía a unos niños en el programa y a otros no. Asimismo, se expuso que la importancia de suministrar el tratamiento profiláctico radica en la disminución del riesgo de hemorragias espontáneas y la prevención de daños articulares.

En ese orden, luego de verificar la prueba presentada la Sala de lo Constitucional tuvo por establecidos los siguientes hechos, entre otros: *i*) que la administración de pequeñas dosis del factor hemostático con una frecuencia mayor se considera un esquema eficaz de tratamiento profiláctico; *ii*) que la creación y mantenimiento de dicho esquema en el sistema de salud es rentable a largo plazo, en tanto elimina los elevados costos relacionados con el tratamiento intrahospitalario; *iii*) que el desarrollo de inhibidores de los factores hemostáticos VIII y IX es multifactorial (se da por razones genéticas, exposición prolongada al factor, edad de inicio de las exposiciones, el tipo de concentrado de factor, el modo de administrarlo, etc.); *iv*) que en el 2016 en el HNBB habían 110 pacientes con hemofilia de los cuales solo 27 recibían tratamiento profiláctico, pese a que el resto requerían tratamiento profiláctico de conformidad a la guías médicas de atención de dicha enfermedad; *v*) que en el 2014 se registraban 76 pacientes hemofílicos en el HNR y ninguno recibía tratamiento profiláctico a esa fecha, y *vi*) que en el HNR la totalidad de usuarios atendidos en el HNR presentaban daños o incapacidades físicas como secuela de hemorragias que la hemofilia produce a nivel articular, los cuales son irreparables.

En tal sentido, la Sala concluyó que –en términos generales–, el tratamiento idóneo para el abordaje de la hemofilia es el suministro profiláctico de los factores de coagulación VIII y IX, según el caso, por lo que, en el marco de la política sanitaria del país, debió tenerse en cuenta la mayor efectividad de dicho esquema terapéutico en orden a configurar adecuadamente el presupuesto en la materia.

Se expuso que aun cuando las autoridades demandadas intentaron de justificar la deficiencia en el suministro de los factores hemostáticos deficientes y la falta de implementación regular de un programa de profilaxis en el alto costo de los medicamentos y las dificultades financieras; sin embargo, la implementación de dicho programa no es una cuestión que se pueda reducir a la suficiencia o insuficiencia de recursos, más bien, se trata de una adecuada planeación institucional que tome en consideración las notables ventajas a mediano y largo plazo que tiene la implementación de este esquema terapéutico para los pacientes.

Y es que, existen variantes de este programa terapéutico que son asequibles aun para un sistema de salud precario como el nuestro y que ofrecen niveles de eficiencia similares al de las implementadas en países con mayores recursos. Además, "... el desarrollo sistemático e institucional de la profilaxis disminuye los costos del tratamiento médico intrahospitalario que se brinda a los pacientes en caso de agudización de los síntomas de su padecimiento, por lo que a largo plazo dicho tratamiento puede resultar óptimo para las finanzas públicas"²⁶³.

Aunado a lo anterior, la Sala manifestó que la política sanitaria estatal respecto a los pacientes hemofílicos ha tenido un carácter reactivo pues su propósito fundamental es el alivio y estabilización de los pacientes cuando estos pasan por episodios críticos de su enfermedad, no existe una política de tipo proactiva en beneficio de dichos pacientes. Tampoco se ha garantizado la adecuada provisión de los factores hemostáticos VIII y IX.

En definitiva, con base en la prueba documental, pericial y testimonial vertida en el proceso, la Sala declaró ha lugar el amparo pues comprobó que el MINSAL así como los directores del HNR y del HNBB conculcaron el derecho a la salud de los pacientes con hemofilia, pues no se había velado presupuestariamente por la adecuada provisión de los factores antihemofílicos, generando la eventual escasez de tales medicamentos, y al no desarrollar un programa regular de tratamiento profiláctico par los pacientes con hemofilia.

Al abordar el efecto restitutorio de la sentencia, se indicó que las vulneraciones al derecho a la salud de los pacientes hemofílicos usuarios de la red nacional se originaron en dos causas: *i*) una deficiente planificación presupuestaria por parte de las autoridades demandadas, lo que había impedido el suministro permanente de los factores hemostáticos VIII y IX, y *ii*) la falta de un programa regular de profilaxis para pacientes con hemofilia.

En tal sentido, la Sala ordenó a las autoridades demandadas que realizaran las gestiones administrativas y fiscales necesarias para garantizar el suministro permanente de los factores de coagulación para los pacientes hemofílicos, a quienes deben ser aplicados preponderantemente en todos los casos. Asimismo, debía reducirse o eliminarse a casos excepcionales el uso de tratamientos alternativos como el suministro de hemoderivados y analgésicos y se tenía que iniciar un programa regular y permanente de profilaxis para los pacientes que lo requieran, el cual debía incluir un componente que garantizara el acceso al tratamiento para aquellas personas que, por limitaciones físicas o económicas, les sea difícil acudir periódicamente a recibirlo en los nosocomios en cuestión.

²⁶³Sala de lo Constitucional, sentencia de 25 de septiembre de 2017, amparo 938-2014.

Al titular del MINSAL se le ordenó incluir en el presupuesto de la institución correspondiente los fondos necesarios para cubrir de forma integral y permanente dichas necesidades.

En orden de verificar el cumplimiento de las órdenes emitidas, la Sala fijó el plazo de noventa días hábiles a partir de la notificación de la sentencia para que las autoridades demandadas informaran sobre las características e implementación del referido programa. Además, la Sala ha emitido varios autos de seguimiento y las autoridades ha presentado sus respectivos informes.

Las autoridades han tratado de cumplir con lo ordenado y la Sala ha verificado la forma en que se pretende dar cumplimiento. Así, se tuvo por cumplida parcialmente la sentencia, específicamente en lo referente al programa regular de profilaxis, pues se consideró que el Programa de Atención Integral a los Pacientes con Hemofilia de ambos hospitales habían incorporado mecanismos que facilitan a las personas con limitaciones físicas y/o económicas el acceso a los tratamientos necesarios, pero no se habían cumplido otros puntos ordenados en el fallo, como es garantizar la existencia de los fármacos necesarios para el tratamiento de los pacientes.

Pese al seguimiento que ha dado la Sala de lo Constitucional, en el último auto emitido se advierte que en el HNR hay una disminución del número de personas beneficiadas con el factor VIII en el año 2018 respecto a los dos años anteriores, así como la falta de implementación de los programas de tratamiento médico profiláctico y a demanda que se establecieron en la sentencia, por lo que se requiere al director de dicho nosocomio que aclare tales situaciones.

3. Incidencia de las sentencias de la Sala de lo Constitucional en las políticas públicas de salud.

Las sentencias de la Sala de lo Constitucional han aportado elementos importantes para el desarrollo y garantía del derecho a la salud. La confirmación reiterada de su naturaleza como derecho fundamental vinculado al derecho a la vida, su carácter prestacional, así como de sus elementos esenciales, sitúan al individuo como sujeto acreedor de acciones concretas por parte del Estado quien está obligado a garantizar su conservación y restablecimiento.

Esta línea jurisprudencial, como se señaló, confirma la posibilidad de construir políticas públicas con enfoque de derecho al enfatizar la obligación que poseen los entes estatales encargados de prestar los servicios de salud de brindar la mejor alternativa posible para tratar una enfermedad. Es decir, los individuos pueden reclamar –incluso ante instancias judiciales–, la pasividad o negligencia por parte de las autoridades en desarrollar o ejecutar políticas públicas encaminadas a garantizar el derecho a la salud.

Además, se ha señalado por la jurisprudencia constitucional que es inaceptable que las entidades públicas de salud se escuden en la falta de presupuesto para atender las obligaciones que les son inherentes. Si bien es cierto que lo financiero es un factor esencial, no puede ser utilizado a la ligera como una excusa sin que la Administración demuestre que ha efectuado algún tipo de esfuerzo intelectual, estructural y financiero significativo con el fin de satisfacer alguna necesidad vinculada a la salud.

En ese orden, los poderes públicos tiene la obligación de promover y proteger progresivamente los derechos fundamentales, lo que no puede traducirse en la postergación indefinida para concretar su protección, por el contrario, “... es un deber que entraña obligaciones concretas, comenzando por la de demostrar, cuando sean requeridos, que se han desarrollado los esfuerzos suficientes y que se han utilizado los recursos idóneos y eficaces –ya sea humanos, financieros, informativos o tecnológicos, entre otros– para satisfacer, al menos, el contenido básico del derecho de que se trate y cimentar la plataforma institucional que haga posible sus modos de ejercicio”²⁶⁴.

Ahora bien, ello no significa que la Sala no reconozca que lo financiero incide directamente en la implementación de políticas públicas que coadyuven al respeto y promoción del derecho a la salud.

El factor económico consiste en una de las principales objeciones que plantean las entidades públicas para acatar los mandatos pronunciados por tribunales constitucionales, ya que la concreción de acciones o políticas públicas a favor de los DESC conlleva la erogación de recursos.

En los casos analizados, se advierte que en el amparo 938-2014, las autoridades arguyeron que la falta del medicamento que aquejaba a los pacientes con hemofilia se debía a la precaria situación financiera del país que se traducía –a su criterio– en una justificación para la falta del medicamento. No obstante, la Sala concluyó que tal situación no se debía únicamente a la escasez de recursos presupuestarios sino también al desinterés de las autoridades de estructurar planes o programas en beneficios de estos pacientes y requerir dichos fondos para echarlos andar.

En ese orden, se evidencia que, si bien la Sala de lo Constitucional está consciente de las deficiencias presupuestarias y su efecto negativo en la implementación de políticas públicas que garanticen los derechos de la población, ello no fue suficiente para justificar los agravios a los que estaban siendo sometidos los pacientes con hemofilia en la red pública de salud, al no suministrarse el tratamiento idóneo. Así la Sala señaló que se infería una política sanitaria reactiva respecto a la enfermedad, que únicamente pretende aliviar el dolor generado por una crisis, pero nunca se ha preocupado por proporcionar el tratamiento profiláctico que permite alcanzar una mejor calidad de vida por los beneficios que conlleva.

En el caso de los neonatos (amparo 32-2012) y de la esterilización forzada (amparo 749-2014) el aspecto presupuestario no representaron una objeción relevante por parte de las autoridades obligadas en cuanto a ya que en definitiva lo que se pretendía era el cese de ciertas prácticas arraigadas en el sistema de salud –suministro de Midazolam y esterilizaciones a menores de edad–, lo que no representaba la erogación significativa de recursos, más bien, se requería que las autoridades obligadas realizaran acciones concretas para cesar las conductas que se habían determinado como violatorias a los derechos de las personas

Otro factor que incide en la eficacia de las sentencias que pretenden controlar políticas públicas es que los tribunales constitucionales ejerzan un control de cumplimiento posterior a la

²⁶⁴Sala de lo Constitucional, sentencia de 1 de febrero de 2013, inconstitucionalidad 53-2005.

sentencia, en el que se verifique si las órdenes emitidas han sido acatadas en su totalidad, así como dirimir cualquier eventualidad que impidiera la observancia a la decisión del tribunal.

Al respecto, el derecho a la protección jurisdiccional no concluye con la decisión definitiva del proceso, sino que se extiende a la actividad de hacer ejecutar lo juzgado; en efecto, el juicio jurisdiccional que estime la demanda o la resistencia del demandado puede resultar insuficiente para satisfacer el derecho fundamental a la protección jurisdiccional, siendo necesario verificar el cumplimiento a la decisión emitida, sin obligar asumir la carga de nuevos procesos, pues ello resultaría incompatible con la obligación que deben prestar los órganos judiciales de interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable y no dilatoria, para la efectividad del derecho fundamental²⁶⁵.

De conformidad con el art. 172 inciso primero Cn., la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes le compete a los titulares de la potestad jurisdiccional, a quienes corresponde exclusivamente la “potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan, lo que impone el deber de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución.

Y es que, el estado de derecho no solo requiere que los jueces se pronuncien sobre los casos que someten a su conocimiento y resolución, sino que es necesario que se restituya el ejercicio del derecho vulnerado mediante el cumplimiento efectivo de la sentencia en los términos en que fue decidido y mediante las posibilidades que franquee la ley.

En ese orden, la Sala de lo Constitucional también está obligada a verificar la restitución del derecho vulnerado. Ello cobra mayor relevancia cuando se trata de una sentencia estructural que pretende incidir en una política pública o bien, incitar a los órganos políticos a crear o modificar una.

Como se señaló en apartados que anteceden, los fallos estructurales que pretenden ser respetuosos de las atribuciones de los otros órganos estatales contienen mandatos generales o abiertos que permiten que los entes obligados tengan cierto grado de maniobra en cómo ejecutar lo ordenado. De esta manera se propicia el diálogo o intercambio de ideas y experiencias entre las instituciones públicas involucradas y la Corte, quien será la que verifique que el resultado de esa interacción sea el idóneo para garantizar el derecho a la salud.

Ahora bien, debido al tipo de órdenes que se emiten en estos fallos es necesario que la Sala de lo Constitucional verifique el cumplimiento por parte de los entes obligados. La pasividad del tribunal constitucional permite la dilación del restablecimiento de los derechos vulnerados, o en el peor de los casos que no se logre concretizar el restablecimiento total.

Además, hay que considerar que la protección que se pretende brindar con este tipo de fallo trasciende los efectos *interparte*. Es decir, aun cuando se trata de un proceso de control concreto de constitucionalidad, por la dimensión objetiva del amparo y por tratarse de intereses difusos, los mandatos no se agotan con el cumplimiento respecto al demandante, sino que estos se extienden en beneficio de todo un colectivo indefinido o difuso que se encuentre en iguales condiciones.

²⁶⁵ Sala de lo Constitucional, sentencia de 5 de febrero de 2016, habeas corpus 394-2015.

En tal sentido, es importante verificar que se cumplan las órdenes para todos los que han sido afectados por acciones u omisiones similares a las que se controlaron en el amparo, así como dejar establecidas las condiciones necesarias para continuar garantizando los derechos de las personas a lo largo del tiempo –normativa, procedimientos, protocolos, financiamiento, etc.–.

En los casos examinados se advierte que en los que ha existido una fase de seguimiento –amparos 32-2012 y 938-2014–, las entidades sanitarias han efectuado algunos esfuerzos reales –aunque no suficientes– para cumplir con los mandatos de la Sala, especialmente en el caso de los neonatos. Asimismo, en ese amparo, se observa que la Sala se ha preocupado por indagar aspectos específicos que involucran a personas en particular, como es el caso de una madre de familia que al conocer sobre el fallo compareció ante la Sala en la etapa de cumplimiento y se ordenó se efectuara una evaluación al niño a quien se le había suministrado Midazolam.

Así, se observa que las autoridades obligadas han efectuado acciones encaminadas a dar cumplimiento a los mandatos de la Sala, pues han emitido o modificado normativa interna que se ajusta al criterio jurisprudencial, se ha gestionado la localización de pacientes para brindarles la asistencia médica indicada, se emitieron manuales para mejorar procedimientos, se reestructuraron comités, entre otras. Por su parte, la Sala ha verificado si con tales actuaciones se cumple con lo ordenado y garantizan los derechos de las personas, requiriendo en algunas ocasiones ampliaciones de informes o aclaraciones de estos o bien, la rectificación de algunos actos –como el caso de la comunicación efectuada por el ISSS para ubicar a los pacientes a quienes se le suministró Midazolam, en el amparo 32-2012–.

En el caso de la esterilización forzada (amparo 749-2014) en el que no se ha efectuado una fase de seguimiento, se observa que la Sala no ha verificado de ningún modo el cumplimiento de sus mandatos. Y es que, aun cuando lo ordenado se trata de una abstención por parte de las entidades públicas –no practicar esterilizaciones en menores de edad, como regla general–, era necesario verificar que efectivamente no se continuara con esa práctica y que se realizaran acciones encaminadas a evitarlas, como por ejemplo la modificación de guías o protocolos de atención a pacientes, capacitación al personal, etc.

Como se señaló, en el 2016 –un año después de la sentencia– el MINSAL emitió los Lineamientos Técnicos para la Provisión de Servicios de Anticoncepción. Sin embargo, no se observa en estos la prohibición expresa señalada en la decisión definitiva del amparo en comento.

En tal sentido, se evidencia la importancia de que los tribunales constitucionales realicen un seguimiento para verificar el cumplimiento de las decisiones que pretendan incidir en una política pública, ya que aun cuando se traten de mandatos de abstención se requiere revisar si ello se ha cumplido.

Con relación a la fase de cumplimiento está aparejado la característica dialógica que permite el cumplimiento de las órdenes sin que existan mayores objeciones ni resistencia por parte de las autoridades obligadas.

El cumplimiento de las sentencias puede resultar más fructífero si están involucrados los actores sociales e institucionales. En los amparos estructurales, no solo las partes procesales tienen

algo que expresar pues los fallos tienen efectos más allá de los intereses de los sujetos procesales, especialmente cuando se trata de aspectos vinculados a las políticas públicas de salud.

Es preciso recordar que de conformidad con el art. 65 de la Constitución, la salud es un bien público. Si bien es cierto el Estado es el primer obligado a velar por su conservación y restablecimiento, las personas también tienen responsabilidad en esta tarea. Es decir, la salud es un aspecto que concierne a todos como sociedad pues su detrimento traería consecuencias hacia todos, ya sea a largo o corto plazo.

Como se ha señalado, la forma clásica de implementar justicia –mediante mandatos directos de hacer y no hacer– no siempre resultará idónea para los casos estructurales que son más complejos por sus dimensiones y sobre todo por los efectos que se pretenden generar.

La Sala de lo Constitucional estableció órdenes abiertas en sus fallos, en el sentido que no indicó a las autoridades obligadas la manera de cumplir con la decisión. En la etapa de seguimiento, el tribunal ha verificado si los mecanismos o formas en que las autoridades han tratado de acatar las órdenes pronunciadas es el idóneo para garantizar el derecho a la salud de las personas.

Ahora bien, el cumplimiento de algunos aspectos de la sentencia implicó la creación de normativa técnica referente a protocolos que determinan el trato a pacientes. Ante estas acciones, la Sala únicamente puede verificar el texto de la normativa y decidir sobre lo que se ha consignado con el poco conocimiento que tenga si esta contiene terminología médica fuera de su alcance. Sin embargo, esta manera de revisar el efecto de sus decisiones no puede verificar el impacto real en las personas cuyos derechos se pretenden defender.

Como ejemplo de lo señalado, en el amparo 938-2014 se indicó que las autoridades de salud demandadas habían cumplido de manera parcial el efecto restitutorio de la sentencia, ya que “... en los programas de atención a pacientes hemofílicos del HNR y del HNBB se han incorporado mecanismos que faciliten a las personas con limitaciones físicas y/o económicas el acceso a esos tratamientos...”²⁶⁶. En tal sentido, la Sala tuvo por cumplida esta parte de la sentencia al verificar la documentación remitida por los directores de los respectivos nosocomios –el Programa de descentralización del tratamiento de profilaxis en pacientes hemofílicos del HNBB y el Programa de Atención Integral a los Pacientes con Hemofilia del HNR–, pero no se verificó si realmente estos programas funcionaban y habían generado el impacto deseado en los pacientes que se encontraban en esta situación.

Por otra parte, de acuerdo con notas periodísticas, a mediados del 2019 hubo un desabastecimiento del factor ocho, tanto en el HNR como en el HNBB²⁶⁷. Sin embargo, esta situación no fue denunciada por la parte actora ante la Sala de lo Constitucional, lo que podría demostrar la falta de representación de los pacientes en la etapa de seguimiento e incluso, en la desconfianza de los interesados en la eficacia de la actuación de la Sala.

²⁶⁶ Sala de lo Constitucional, auto de 12 de junio de 2019, amparo 938-2014.

²⁶⁷ Violeta Rivas, “Hospital Bloom sin fármaco para niños con hemofilia B”, *El Diario de Hoy*, 25 de enero 2019 doi: <https://historico.elsalvador.com/historico/561261/hospital-bloom-sin-farmaco-para-ninos-con-hemofilia-b.html>

De conformidad a lo expresado por la Fundación de Hemofílicos de El Salvador²⁶⁸, la entrega del medicamento se gestionó a través de la mesa de salud²⁶⁹, y –aparentemente– fue la intervención directa por el Presidente de la República la que agilizó los trámites burocráticos y que se lograra el abastecimiento del medicamento²⁷⁰.

Se evidencia pues, la necesidad de la intervención más activa de la parte actora para corroborar las afirmaciones de las autoridades obligadas. Asimismo, podría resultar beneficioso para el cumplimiento de los mandatos de la sentencia que incluyan en estas fases de seguimiento a actores de la sociedad civil vinculados con la temática abordada en el proceso de amparo. En este caso, existe una asociación de personas con hemofilia que han demostrado interés en el desarrollo del proceso de amparo²⁷¹ –aunque nunca comparecieron en el proceso– que podrían haber participado como una especie de representación de los pacientes hemofílicos, así como la Fundación de Hemofílicos de El Salvador.

Asimismo, la participación de las asociaciones de médicos especialistas podría resultar útil para contar con una opinión técnica, con la salvedad que muchos de sus asociados laboran para las instituciones públicas obligadas. No obstante, la opinión emitida por la asociación como entidad independiente puede resultar provechosa para ilustrar de mejor manera al tribunal que desconoce de temas específicos sobre la salud.

Como se señaló en el apartado anterior, la Corte Colombiana en el proceso T-760 conformó las salas de seguimiento incluyendo a agentes de la sociedad civil y expertos en la temática que se abordó en la sentencia.

Esta manera de actuar, –aunque no es lo usual en los procesos judiciales en los que únicamente se involucran las partes procesales–, abre espacios para que la sociedad civil se involucre y se les permita opinar y aportar ideas pues de esta manera, no solo la justicia se vuelve más dialógica, sino que las políticas públicas toman un verdadero enfoque de derechos que facilitaría que los verdaderos problemas de la población sean atendidos.

²⁶⁸ Ver anexo 2 Cuestionario a Fundación de Hemofílicos de El Salvador.

²⁶⁹ La Mesa Permanente sobre el Derecho Humano a la Salud es una instancia de participación y representación de los intereses generales de la población salvadoreña respecto al derecho humano a la salud. Fue creada en el 2003 por la Procuraduría de Derechos Humanos y reactivada en el 2018. Sus objetivos son promover el derecho a la salud y demandar y asegurar la calidad de los servicios de salud en el país, así como lograr que contribuya a las propuestas y las políticas de salud en un diálogo y consenso nacional. La entidad es dependiente de la Procuraduría de Derechos Humanos de El Salvador y en ella están representadas asociaciones de usuarios, de médicos y otras organizaciones de la sociedad civil.

²⁷⁰ Ministerio de Salud, “Gobierno agiliza trámites para abastecer Factor 8 a Hospitales Bloom y Rosales”, Noticias Ciudadanos/as, 13 de julio de 2019, doi: <https://w3.salud.gob.sv/13-07-2019-gobierno-agiliza-tramites-para-abastecer-factor-8-a-hospitales-bloom-y-rosales/>

²⁷¹ La Asociación de Hemofílicos de El Salvador, informó el 12 de junio de 2017 en su cuenta de Facebook sobre la existencia de la medida cautelar emitida en el amparo 938-2014 que ordenaba garantizar el suministro de los factores 8 y 9 para los pacientes hemofílicos Doi: <https://www.facebook.com/AMIGOSDEAHES/>

CONCLUSIONES

Primera: El enfoque de derechos humanos en las políticas públicas implica un cambio de paradigma del Estado benefactor hacia un Estado como ente obligado, en el que las personas son sujetos de derechos y, por tanto, pueden exigir a las autoridades acciones reales que conlleven a la garantía y cumplimiento de sus derechos. El enfoque debe estar presente en todas las fases del ciclo de las políticas públicas –identificación de un problema, formulación de soluciones, toma de decisión, implementación y evaluación–, de manera que facilite la participación de la población a quien se dirige la política pública y, de esta forma, garantizar que sus necesidades reales serán atendidas.

Segunda: El Órgano Legislativo y el Ejecutivo son los encargados de crear y ejecutar políticas públicas que garanticen los derechos de las personas; su legitimación democrática les permite conocer las problemáticas de la población y determinar los mecanismos idóneos para solventarlos, pero cuando hay un debilitamiento o un quiebre en el principio de representatividad las personas buscan otros mecanismos para hacer valer sus derechos, siendo uno de estos el control de constitucionalidad de las políticas públicas.

Tercera: El control de políticas públicas se basa en la supremacía constitucional que exige el sometimiento de todas las actuaciones del Estado a la Constitución, por ello, se afirma que no pueden existir zonas exentas del control de constitucionalidad. Sin embargo, la revisión de políticas públicas por parte de las cortes constitucionales no deja de ser criticable por algún sector de la doctrina y la población por considerarlo una intromisión en las facultades constitucionales de los Órganos Legislativo y Ejecutivo; y es que, la creación y ejecución de políticas públicas se ha considerado históricamente como una *political question* que tendría que estar fuera del alcance del control jurisdiccional ya que su decisión no se sujeta a parámetros jurídico legales sino que a aspectos políticos.

Cuarta: El control de constitucionalidad funciona efectivamente dentro de un Estado de Derecho, solo mediante una corte constitucional independiente y comprometida con los derechos de las personas se puede realizar un verdadero control de constitucionalidad de las políticas públicas.

Quinta: Cuando las cortes constitucionales ejercen el control de constitucionalidad sobre políticas públicas sus decisiones no pueden enmarcarse en la usual estructura de un fallo judicial que se limita a emitir órdenes de hacer y no hacer; al contrario, los jueces constitucionales deben autocontenerse y tener presente el respeto al principio de separación de funciones permitiendo que cada órgano estatal asuma el papel que le corresponde. En tal sentido, el control de constitucionalidad sirve como un mecanismo que activa el aparataje estatal para que cada órgano asuma –dentro de sus propias competencias– la solución de la problemática que ha sido reconocida a través de la vía jurisdiccional.

Sexta: El control de las políticas públicas resulta útil no solo para visibilizar y reconocer la problemática sino que para lograr materializar el derecho a la salud en todos sus elementos –prevención o conservación, asistencia y vigilancia–, pero para lograrlo es importante que exista un

seguimiento por parte del tribunal constitucional en el que verifique el cumplimiento de las órdenes emitidas y –de ser posible– que se permita la participación de la sociedad civil representada por los sectores directamente involucrados.

Séptima: La fase de verificación de cumplimiento resulta esencial en un proceso en el que se haya pretendido controlar una política pública no solo para determinar el nivel eficacia de las órdenes emanadas de la corte constitucional, sino también para fomentar el diálogo interinstitucional y con la sociedad civil a fin de estructurar planes y programas con enfoque de derecho. Aunado a ello, la justicia dialógica permite alcanzar un mayor grado de legitimidad y aceptabilidad; además de ser más respetuosa al principio de separación de funciones.

Octava: Las decisiones de la Sala de lo Constitucional analizadas en esta investigación no reúnen las características de fallos estructurales puesto que no entraron al fondo de la problemática del servicio de salud ni se incluyeron todos los posibles actores que tendrían un grado de incidencia en la toma de decisiones que podrían haber procurado una mejora sustancial para este. No obstante, se evidencia el esfuerzo de revisar la política pública –o falta de esta– para mejorar la situación de las personas, lo que marcaría un punto de partida para la justicia constitucional en el supuesto que los futuros magistrados de la Sala de lo Constitucional asuman una postura a favor de este tipo de procesos.

Novena: De los amparos que se analizaron se evidencia una verdadera intención de la Sala de lo Constitucional de brindar protección al derecho a la salud y la vida de sectores frágiles de la población. Sin embargo, el grado de incidencia de su decisión en las políticas públicas no ha sido igual en cada uno de los casos.

Se observa que la sentencia emitida en el amparo 32-2012 es la que ha logrado mayor impacto positivo en la administración pública sanitaria –específicamente del ISSS–, pues ha incidido en el control y evaluación de los niveles de seguridad y efectividad en el uso clínico de los medicamentos para los neonatos.

En cuanto al amparo 938-2014 aun cuando se evidencia cierto grado de cumplimiento con algunos aspectos, lo más trascendental de las órdenes emitidas por la Sala no ha sido cumplido en su totalidad, pues el abastecimiento permanente de los factores ocho y nueve no está garantizado y el programa de profilaxis tampoco ha sido estructurado de manera que se logre descentralizar la asistencia médica que necesitan los pacientes que provienen del interior del país y que, por sus escasos recursos económicos y las dificultades físicas provocada por la misma enfermedad, no les permite la asistencia y continuidad en su tratamiento.

Por último, en el amparo 749-2014, la Sala de lo Constitucional no realizó un seguimiento para verificar el cumplimiento a lo ordenado. Y es que, aun cuando el mandato principal en este fallo consiste en una abstención –la prohibición de practicar esterilizaciones en menores de edad–, la Sala no requirió a la autoridad comprobara que dicho mandato se había incorporado en la normativa interna y si se había socializado con el personal sanitario correspondiente. En virtud de ello, se observan inconsistencias en los Lineamientos Técnicos para la Provisión de Servicios de Anticoncepción respecto al mencionado mandato.

Décima: En definitiva, el control de constitucionalidad de las políticas públicas de salud mediante el proceso de amparo es un mecanismo idóneo para garantizar el derecho a la salud de las personas; sin embargo, el nivel de su eficacia dependerá de las acciones y actitudes que presente la corte constitucional posterior a la emisión de su fallo. Si la decisión conlleva mandatos que requieran ser verificados en su cumplimiento, la autoridad judicial debe mostrar una actitud proactiva y abierta que permita que los actores políticos y la sociedad civil participen en la construcción de una política pública que satisfaga las necesidades de las personas.

RECOMENDACIONES

A las autoridades administrativas y legislativas:

Primera: Es recomendable que las autoridades administrativas y legislativas estructuren políticas públicas bajo el enfoque de derechos humanos. Esto no solo facilita acceder al apoyo internacional en el financiamiento de los proyectos o planes que componen la política pública, sino que permite al Estado cumplir con su finalidad esencial: la dignidad de las personas.

Las políticas públicas con un enfoque de derecho permiten acercarse a las personas a quienes está dirigida principalmente la política –a quienes se pretende beneficiar–, de tal manera, que los insumos para idear planes o estrategias que coadyuven a garantizar los derechos de las personas surgen de las necesidades reales que estas poseen.

Segunda: el control de constitucionalidad de las políticas públicas no debe ser percibido como una guerra de poder entre los órganos estatales o sus instituciones, más bien, el proceso judicial debe servir como una oportunidad, en la que se facilita un espacio para transparentar las actuaciones del Estado frente a los ciudadanos y mejorar aquellos aspectos que requieren ser replanteados con el fin de garantizar los derechos de las personas, lo que, en definitiva, debe ser la finalidad de la actuación del Estado

Al Órgano Judicial.

En virtud de las facultades constitucionales de la Sala de lo Constitucional, el control de políticas públicas debe ser ejercido por este y no por cualquier otro tribunal. Si bien es cierto que todos los jueces son jueces de la Constitución y deben procurar por el respeto a los derechos fundamentales de las personas, es recomendable que el control de políticas públicas sea ejercido por la Sala de lo Constitucional y no por cualquier otro tribunal, debido a la complejidad que representa y en virtud de que esta es un tribunal de cierre y el máximo interprete de la Constitución.

A la Sala de lo Constitucional.

Primera: Al ejercer el control de constitucionalidad de políticas públicas, la Sala debe asumir una posición proactiva pero respetuosa hacia las autoridades demandadas. Es decir, su postura tiene que ser dialógica, facilitando a los sectores involucrados expresar sus opiniones; ello implica que sus decisiones no deben ceñirse a los esquemas tradicionales que imponen obligaciones específicas de hacer o no hacer, más bien, deben dejar espacio para que las autoridades obligadas actúen dentro de su ámbito competencial, estructurando las políticas públicas de conformidad a los criterios establecidos en la sentencia.

Segunda: La participación ciudadana durante un proceso estructural a través de universidades y/o asociaciones de profesionales –v.gr. profesionales de la salud– bajo la figura de *amicus* permite tener una posición imparcial y técnica que ilustraría y dotaría de mayores insumos al tribunal en su decisión.

Tercera: Los fallos que ordenen la creación o modificación de políticas públicas, requieren que la Sala de lo Constitucional desarrolle una fase de seguimiento en la que se verifique el

cumplimiento a los mandatos establecidos en su sentencia. Esta fase debe representar un espacio en el que las partes puedan llegar a un consenso sobre la estructuración de las políticas públicas. En tal sentido, la Sala tomaría un papel de vigilante o garante de los derechos de las personas con apego a la decisión emitida.

Cuarta: La participación de los sectores de la sociedad dentro de la fase de cumplimiento resulta ventajoso en la estructuración de políticas públicas complejas como las de salud, por lo que es recomendable incluirlos aun cuando estos no hayan figurado como parte procesal durante. Su participación permite construir una política pública desde el enfoque de derechos, ya que las personas a quienes estaría dirigida –pacientes representados a través de asociaciones o fundaciones, gremiales de médicos y demás personal sanitario– podrían aportar valiosas opiniones por ser estos quienes conocen de primera mano la problemática que les aqueja.

ANEXO 1

RESPUESTA OFICIAL DE INFORMACIÓN INSTITUTO SEGURO SOCIAL.



INSTITUTO SALVADOREÑO DEL SEGURO SOCIAL
DIVISION REGULACION, NORMALIZACION Y VIGILANCIA
DEPARTAMENTO VIGILANCIA SANITARIA
FARMACOVIGILANCIA

San Salvador, 28 de julio de 2021

Licda. Ena V. Miron Cordón
Jefe Depto.de Información y respuesta/Oficial de Información
Instituto Salvadoreño del Seguro Social
Presente.

Reciban un cordial y atento saludo.

En atención a la solicitud de información No.10711/2021, relacionada a la no utilización del medicamento MIDAZOLAM, con o sin alcohol bencílico, como sedante en los recién nacidos, y teniendo a la vista el listado de la información requerida, se detalla a continuación.

1. ¿Qué medidas se adoptaron para la no utilización de Midazolam –con o sin alcohol bencílico– como sedante en los recién nacidos que se encuentren en la UCIN?

En el Hospital Materno infantil primero de mayo desde el 16 de Febrero del año 2011 se giró la primera indicación en cuanto a su restricción de uso en los recién nacidos.

El día 1 de Septiembre del 2015 se giró la indicación de parte de la Subdirección de Salud para la prohibición del uso del medicamento en Neonatología.

2. ¿Se han reconstruido los cuadros clínicos de los pacientes a los que se les administró el aludido medicamento? ¿Se les logró realizar estudios especializados para establecer su condición actual? ¿Se encontraron niños con padecimientos relacionados o causados por el suministro de Midazolam? ¿Se les brindó la asistencia y el tratamiento médico adecuado en los casos que fuera necesario?

Si, Se hizo la reconstrucción de los expedientes de los pacientes los cuales por los años de vida no fue posible encontrarlos ya que habían sido depurados según el lineamiento de archivo.

Si, se realizó la Evaluación de todos los pacientes en los cuales se demostró el uso del medicamento y se refirió para Evaluación con subespecialidad médica a uno de ellos.

No se encontró ningún paciente con padecimiento relacionado directamente al uso del medicamento.

3. ¿Qué acciones se efectuaron para revisar el programa interno de farmacovigilancia que permitiera una reacción temprana ante las denuncias de sospechas de efectos adversos, fallas terapéuticas y cualquier otra alerta de problemas asociados a la seguridad y eficacia de los medicamentos incluidos en sus listados oficiales?

Las acciones establecidas por el Departamento de Vigilancia Sanitaria inician con la elaboración de un plan de acción de 4 fases como respuesta al caso MIDAZOLAM.

Página 1 de 3



INSTITUTO SALVADOREÑO DEL SEGURO SOCIAL
DIVISION REGULACION, NORMALIZACION Y VIGILANCIA
DEPARTAMENTO VIGILANCIA SANITARIA
FARMACOVIGILANCIA

Se realizó la elaboración del proyecto de Fortalecimiento del programa de Farmacovigilancia Institucional, que incluía la NORMA DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL PROGRAMA DE FARMACOVIGILANCIA.

Se realizaron reuniones periódicas con el ente rector en materia de Farmacovigilancia (MINSAL), en las cuales se revisaron y homologaron los procedimientos de recolección de la información y de evaluación de sospecha de Reacciones Adversas y Fallas Terapéuticas a fármacos.

4. ¿Se han mejorado los canales interinstitucionales de comunicación con las autoridades reguladoras y las investidas de farmacovigilancia con el objeto de realizar investigaciones que corroboren la bioseguridad los productos sanitarios que se utilizan en la atención a los pacientes?

Si. Actualmente el ISSS forma parte del Sistema Nacional de Farmacovigilancia que es coordinado por el MINSAL a través del CNFV, también forma parte de las Unidades efectoras y posee un representante en el Comité Técnico Consultivo.

Además, se cuenta con un sistema de farmacovigilancia institucional que trabaja realizando actividades de farmacovigilancia pasiva y farmacovigilancia activa en conjunto con el Centro Nacional de Farmacovigilancia.

Se realizan análisis de casos con las autoridades y grupo de expertos, para determinar la causalidad o la asociación de las Reacciones adversas, Fallas terapéuticas y Efectos supuestamente atribuibles a la vacunación e inmunización, con los medicamentos o vacunas que se administran a los pacientes.

5. ¿Se adoptaron medidas idóneas para coordinar con los miembros del Sistema Nacional de Salud y la participación del sector privado la revisión y actualización de la Política Nacional Farmacéutica? De ser afirmativo ¿cuáles son estas medidas? Estas medidas son reguladas por el ente rector que es la Dirección Nacional de Medicamentos.

6. ¿Se adoptaron medidas para el funcionamiento permanente de un sistema nacional de farmacovigilancia, en el que se establezcan las funciones que corresponden a cada autoridad de vigilancia? De ser afirmativo ¿cuáles son estas medidas?

Si. Se adoptaron medidas iniciando con la elaboración del Reglamento Técnico Salvadoreño (RTS 11.02.02:16) PRODUCTOS FARMACEUTICOS. MEDICAMENTOS DE USO HUMANO. FARMACOVIGILANCIA, posteriormente la elaboración de los Lineamientos Técnicos de Farmacovigilancia del MINSAL, en concordancia con los documentos oficiales se han emitido los Lineamientos Técnicos para actividades de Farmacovigilancia en el ISSS.

7. ¿Se han creado estrategias y/o líneas de acción orientadas a la protección de la salud de la población en etapa neonatal, frente a la comercialización, dispensación y prescripción de medicamentos indicados a ese grupo? De ser afirmativo ¿cuáles son estas medidas?



INSTITUTO SALVADOREÑO DEL SEGURO SOCIAL
DIVISION REGULACION, NORMALIZACION Y VIGILANCIA
DEPARTAMENTO VIGILANCIA SANITARIA
FARMACOVIGILANCIA

En relación a la comercialización es la Dirección Nacional de Medicamentos quien debe establecer la regulación.

El MINSAL como ente rector de salud emitió la alerta informativa 02/2012 en relación a prevenir el uso de MIDAZOLAM en neonatos y la alerta informativa 03/2012 sobre Alcohol bencílico como excipiente en medicamentos: Precauciones en el uso en neonatos.

En el Listado Oficial de Medicamentos (LOM) se establece el Nivel de Uso de los medicamentos, se puede evidenciar que está incluida la especialidad de uso y la regulación.

Atentamente.

Licda. Sonia M. Parra de Ortíz
Colaboradora Técnica de Salud I
Depto. Vigilancia Sanitaria



VoBo. Dra. Carmen Hernández de Durán
Jefe Depto. Vigilancia Sanitaria



ANEXO 2

RESPUESTA OFICIAL DE INFORMACIÓN MINISTERIO DE SALUD.



RESOLUCIÓN RAZONADA DE RESPUESTA A SOLICITUD DE INFORMACIÓN.

Ministerio de Salud, Oficina de Información y Respuesta: En la ciudad de San Salvador, a las catorce horas del día dieciséis de septiembre del año dos mil veintiuno, el suscrito Oficial de Información, **Considerando:** Que se recibió solicitud de acceso, a la información pública, fue marcada con la referencia UAIP-OIR-MINSAL 2021/863 por medio de la cual la ciudadana EMBA, requirió lo siguiente:

“Si existe alguna normativa -instructivo. Manual, protocolo, etc- en el que se establezca como regla general la prohibición o abstención a la práctica de esterilizaciones en niños , niñas y/o adolescentes (aún cuando se cuente con el consentimiento de estos).

En caso de ser afirmativo, favor proporcionar dicho cuerpo normativo e indicar desde cuando ha estado vigente, así como si se ha difundido al personal médico lo existencia de tal prohibición”

La guía clínica (manual, protocolo o instructivo) para la atención integral de la persona con hemofilia más reciente. “

Fundamento a respuesta a solicitud.

1- La solicitud reunió los requisitos establecidos en la ley y su respectivo reglamento, fue admitida y se liberó requerimiento a la Dra. Marcela Guadalupe Hernández Renderos, Jefe de Unidad de Atención Integral a la Mujer, a fin que diera respuesta al ítem 1 de la solicitud.

Por medio del memorándum N.º 2021-9640-110, la Dra. Hernandez Renderos , da respuesta a lo requerido, mismo que sera remitido a la solicitante.

3- En relación al ítem 2 de la solicitud: “*La guía clínica (manual, protocolo o instructivo) para la atención integral de la persona con hemofilia más reciente*”. según lo dispone el Art. 62 inciso final de la LAIP (...) En caso que la información solicitada por la persona ya esté disponible al público en medios impresos, tales como libros, compendios, archivos públicos, formatos electrónicos disponibles en Internet o en cualquier otro medio, se le hará saber por escrito la fuente, el lugar y la forma en que puede consultar, reproducir o adquirir dicha información.

Por ende en este caso bastara con señalar a la solicitante la dirección electrónica donde se encuentra disponible la información requerida, por ello se hace saber que la “*Guía clínica para la atención integral de la persona con hemofilia*” puede ser consultada y descargada desde el siguiente enlace: http://asp.salud.gob.sv/regulacion/pdf/guia/guia_clinica_atencion_persona_con_hemofilia_v1.pdf **NOTIFÍQUESE:**


Carlos Castillo
Oficial de información 



MINISTERIO DE SALUD

MEMORANDUM

2021-9640-110

PARA: Carlos Alfredo Castillo
Oficial de Información

DE: Dra. Marcela Hernández
Coordinadora de la Unidad de Atención Integral a la Mujer y Hombre adulto

ASUNTO: Requerimiento de Información

Fecha: 13 de septiembre 2021



Atentamente me dirijo a usted para saludarle, así también estoy enviando información solicitada según memorándum No. 2021-6017-1675, donde se requiere lo siguiente:

1- "Si existe alguna normativa -instructivo, manual, protocolo, etc. en el que se establezca como regla general, la prohibición o abstención a la práctica de esterilizaciones en niños, niñas y/o adolescentes (aun cuando se cuente con el consentimiento de estos).

Si existe normativa:

- Lineamientos Técnicos para la Provisión de Servicios de Anticoncepción.
- Prohibición señalada en la sentencia de amparo 749-2014 del 12-03- 2015,

2- En caso afirmativo favor proporcionar dicho cuerpo normativo e indicar desde cuando ha estado vigente, así como si se ha difundido al personal médico la existencia de tal prohibición"

Cuerpo normativo:

- Lineamientos Técnicos para la Provisión de Servicios de Anticoncepción, pagina 109, socializado y vigente desde el año 2016

- El apartado de adolescencia se maneja como atención a grupos especiales y en ningún momento se promueve a realizar esterilizaciones como método para este grupo, ya que se cuenta con una gama de métodos temporales y de larga duración.
• Los criterios para recomendar un método anticonceptivo en adolescentes toman en cuenta que, en esta etapa de la vida, no cuentan con la madurez física, psicológica, emocional, económica y social y no están preparados para afrontar responsablemente las consecuencias de las relaciones sexuales; por lo que es importante brindar información adecuada a su edad y a sus necesidades ejemplo: postergación de las relaciones sexuales
• La educación y la consejería adecuada antes y durante la elección del método pueden ayudar a una elección personalizada e informada. Los anticonceptivos reversibles de larga duración, como la DMPA, los inyectables sólo de progestina, los dispositivos intrauterinos y el implante subdérmico, representan una buena opción para las mujeres adolescentes y jóvenes, de acuerdo

Calle Arce #827, San Salvador, El Salvador. C.A. MINSAL-Unidad de Atención Integral a la Mujer y Hombre Adulto
Teléfonos (503) 2205 7262, 2591 7386; Conmutador PBX (503) 2591-7000
www.salud.gob.sv



MINISTERIO
DE SALUD

MEMORANDUM

2021-9640-110

con el estudio CHOICE realizado con 10.000 mujeres en St Louis, Missouri. 70% de adolescentes en el estudio eligieron este tipo de método por su larga duración y alta eficacia.

- La OMS recomienda el uso sin restricciones de los anticonceptivos hormonales en adolescentes y jóvenes, no es el caso de las esterilizaciones
- Los adolescentes deben recibir apoyo y refuerzo motivacional para mejorar la eficacia y el uso correcto de anticonceptivos, además debe asesorarse y reforzarse en cada visita el uso del condón en cada relación sexual para la doble protección.
- Primera opción: abstinencia sexual.
- Si desea iniciar vida sexual: anticonceptivos hormonales orales o inyectables combinados, parche transdérmico, entre otros temporales.
- Adolescente mujer con hijo o hija vivo(a) en el período puerperal: Énfasis en anticoncepción postparto, fomentar y promover la lactancia materna exclusiva. Aplicar los criterios de elegibilidad Reforzar con métodos de barrera física para doble protección cuando sea necesario.

- Prohibición señalada en la sentencia de amparo 749-2014 del 12-03- 2015.

Prohibición señalada en la sentencia de amparo 749-2014 del 12-03- 2015, "... el consentimiento brindado por un niño/a o adolescente respecto a la adopción de métodos permanentes de planificación familiar es jurídicamente irrelevante, toda autoridad o profesional médico en el ámbito público o privado deberá abstenerse de avalar o practicar cualquier procedimiento médico que prive definitivamente de su capacidad reproductiva a pacientes –hombres y mujeres– que aún no hayan alcanzado la mayoría de edad, salvo que dicho procedimiento se utilice para salvaguardar la vida, la salud o integridad física de tales pacientes..."

Sin más sobre el particular,

Atentamente

ANEXO 3

ENTREVISTA A FUNDACIÓN SALVADOREÑA DE HEMOFILIA.

- La sentencia ordenó que se mantuviera siempre un número suficiente de los factores 8 y 9 para el tratamiento de los pacientes con hemofilia tanto en el Hospital Bloom y el Rosales. Las autoridades –de forma general– han sostenido que sí existen los medicamentos en una cantidad adecuada. ¿Cuál es su opinión al respecto?

R/ Si ha investigado en julio de 2019 se dio una escasez de factor, se logró que el presidente autorizara al gabinete actuara rápido en un fin de semana para abastecer de factor, gestión de la PDDH, y organizaciones que conformamos la mesa de salud. Cvc

- Asimismo, la Sala ordenó un programa de tratamiento de profilaxis con ciertas características, entre estas que se les brindara un mecanismo a las personas con dificultades económicas y físicas para acceder al centro hospitalario para recibir su tratamiento. ¿Se ha implementado el programa?

R/ A partir del 2018 Fundación Salvadoreña de Hemofilia logró que en el Hospital Rosales se creara el equipo multidisciplinario de hematología, a partir de esa fecha el hospital ha venido realizando su trabajo en conjunto con la federación mundial, al momento se ha logrado que para este año y el próximo se tenga profilaxis para los adultos, al momento se está trabajando con la PDDH para que el MINSAL apruebe descentralizar el suministro de factor a los pacientes, a través de la mesa de salud

Como puede observar, todo lo logrado no tiene nada que ver con las instancias de la sala de lo constitucionalidad, eso solamente fue para que algunas personas se beneficiaran con indemnizaciones indebidamente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Índice Bibliográfico

1. Agudelo Giraldo, Oscar Alexis. “¿Es posible un sistema democrático de control de constitucionalidad en Colombia?” En *Derechos humanos, democracia y poder judicial* editado por Oscar Alexis Agudelo Giraldo, 101-119. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. doi: 10.14718/9789585133020.2020.5
2. Anaya Salvador Enrique, “Nociones básicas sobre el concepto de Constitución”, *Teoría de la Constitución* (2020): 3-47.
3. Amaya, Jorge Alejandro. “*Democracia vs. Constitución –El poder del juez constitucional–*”. Rosario, Santa Fe: Ediciones AVI SRL, 2012.
4. Aragón Manuel, “*Constitución y control del poder. Introducción de una teoría constitucional del control*” (2002): 81-212.
5. Ávila Ordóñez, María Paz. “*Control Constitucional y políticas públicas: el rol de las y los jueces constitucionales frente a los derechos del Buen Vivir*”. Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2010; <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2264/1/T0942-MDE-Control%20constitucional.pdf>.
6. Balbín, Carlos F., “Un derecho administrativo para la inclusión social”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 14 – n° 58 (2018): 33-59, <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/73/334>
7. Barroso Luis Roberto, “La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales”, *Institutos de Investigaciones Jurídicas, UNAM*, (2016), doi: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4257/7.pdf>
8. Bazán, Víctor y Steiner, Christian, eds. “*Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*”. Bogotá: Unión Gráfica, 2015.
9. Benavente, Omar Sumaria y Karla Sofía Vassallo Efftha, “Un nuevo actor político: La participación de los tribunales constitucionales en la elaboración de las políticas públicas”, *Derecho & Sociedad* 40 (2013): 121-131, doi: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12794>.
10. Berizonce Roberto Omar, “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Volumen 36, n° 36* (2010), <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/63/pdf>

11. Cano Blandón Luisa Fernanda, "El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia", *Revista Facultad Nacional de Salud Pública* (2015): 111-120, doi: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4996610>
12. Casar, María Amparo y Maldonado Claudia, "*Formación de agenda y procesos de toma de decisiones: una aproximación desde la ciencia políticas*"; CIDE, 2008. <http://recom.blog.unq.edu.ar/wp-content/uploads/sites/28/2019/03/CASAR-y-MALDONADO-%E2%80%9CFormaci%C3%B3n-de-agenda-y-procesos-de-toma-de-decisiones.pdf>
13. Celi Toledo, Israel; "*Neoconstitucionalismo en Montecristi: actores, procesos e ideas*". Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2014. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3782/1/T1337-MDE-Celi-Neoconstitucionalismo.pdf>.
14. Courtis, Christian (Comp.); "*Desde otra Mirada. Textos de Teoría crítica del Derecho*"; Buenos Aires: Eudeba, 2001.
15. Courtis, Christian (Comp.); "*Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos humanos*". Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
16. Cunill Grau Nuria, "Las políticas con enfoque de derecho y su incidencia en la institucionalidad", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (2010): 41-72, doi: <https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533678002.pdf>
17. Couso Javier, "Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política", *Revista de Ciencia Política*, Volumen XXIV, n° 2 (2004): 29-48. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revcipol/v24n2/art02.pdf>
18. Etchichury, Horacio Javier. "Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos." *Constitución y Derecho*, (2020): 621-657.
19. Farías Calderón Ana, "Las competencias y el control en un Estado constitucional de derecho", *Revista de Derecho*, N° 40, (2013): 53-79, doi: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85131028003.pdf>
20. Feoli Villalobos, Marco F.; "*De la justicia constitucional o las justicias constitucionales: La contribución de América Latina (los casos de Colombia y Costa Rica)*"; 2010; XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional, Sep 2010, Santiago de Compostela, España. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531530/document>.
21. Garbiero Susana, "Hemofilia", *Guías de Diagnóstico y Tratamientos*, (2019), doi: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/119832>.

22. García Jaramillo Leonardo, “Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: a propósito del estado de cosas inconstitucional”, *Estudios de Derecho* 68.152 (2011): 76-112, doi: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/11380>
23. García-Pelayo Manuel, "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional* 1 (1981): 11-34.
24. Gargarella Roberto, *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*. Compilado por Roberto Gargarella, Argentina, 2014.
25. Gaviria, Julián; “*Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin*”; *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* N° 6, marzo – agosto 2014, pp. 361-368. ISSN 2253-6655 <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2223/1158>.
26. Guerrero García, Diego Armando, "Pesos, contrapesos y juicio de sustitución: Jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a los ajustes de Ingeniería Constitucional en Colombia." (tesis de maestría, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2014), doi: <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/47135>
27. Gutiérrez Beltrán, Andrés Mauricio; “*El amparo estructural de los derechos*”. Tesis doctorado. Universidad Autónoma de Madrid, 2016.
28. Henao Pérez Juan Carlos, “El juez constitucional un actor de las políticas públicas”, *Revista de economía institucional*, Vol. 15, (2013): 67-103, doi: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2379709
29. Heywood Mark, “South Africa’s Treatment Action Campaign: combining law and social mobilization to realize the right to health”, *Journal of Human Rights Practice*, (2009): 14-36, doi: <https://academic.oup.com/jhrp/article/1/1/14/2188684?login=true>
30. Ivanega Miriam M, “Reflexiones acerca del ciudadano y la Administración”, *Perspectivas de una reforma: Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann* (2016).
31. Jiménez Benítez, William Guillermo; “*El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas*”; Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia) 7 (12): 31-46, enero-junio de 2007 ISSN 1657-8953 <http://www.redalyc.org/pdf/1002/100220305003.pdf>
32. Ku Yanasupo, Lily, “*La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de las políticas públicas*”. Tesis de maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4577/KU_YANASUPO_LILY_POLITICAS_PUBLICAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

33. Liebenberg Sandra, "Adjudicación de derechos sociales en la Constitución de transformación social de Sudáfrica." *Anuario de Derechos Humanos* (2006): 53-72, doi: www.anuariodh.uchile.cl
34. López Sterup, Henrik, "Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política pública", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2018): 171-192. doi:10.14198/DOXA2018.41.09
35. Maraniello Patricio Alejandro, "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional", *La-Melaua: revista de ciencias sociales*, (2012): 46-83, doi: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4548361>
36. Magaldi de Sousa Mariana; "How courts engage in the policymaking process in Latin America: The different functions of the judiciary". Inter-American Development Bank, (2010); <https://es.scribd.com/document/146974498/321-8-H847-How-Courts-Engage-in-the-Policymaking-Process-in-Latin-America>.
37. Mendivelso Mejía, Deisy Yolima; "Incidencia de la jurisprudencia constitucional sobre políticas públicas para los habitantes de calle, bajo el principio de igualdad y no discriminación". Tesis maestría. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2017; <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/4594>
38. Mendivelso Pinzón, Norberto Apolinar; "Las órdenes de tutela frente a la falta de disponibilidad presupuestal de las entidades estatales: Análisis en perspectiva constitucional". Tesis maestría. Universidad Nacional de Colombia; <http://www.bdigital.unal.edu.co/9907/1/06699844.2013.pdf>
39. Mendoza Martínez Ángel Josué, Roberto Carlos Quito Bermúdez y Silvia Elizabeth Aguilar Santos, "El control de constitucionalidad de los derechos económicos en El Salvador". Tesis licenciatura. Universidad de El Salvador, 2015.
40. Miranda Bonilla Haideer, Las Sentencias Estructurales, en la actuación y Sala de lo Constitucional de Costa Rica, *Revista IUS Doctrina*, 2018.
41. Montecinos Giralt Manuel, "Defensa de la Constitución", *Teoría de la Constitución* (2020): 249-303.
42. Nogueira Alcalá, Humberto, "Justicia y Tribunales constitucionales en América del Sur". Lima: Palestra Editores, 2006.
43. Néstor Osuna, "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia." *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, n° 5 (2015).
44. Oubiña Barbolla Sabela, *El Tribunal Constitucional. Pasado, presente y futuro*, 1ª edición, Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

45. Parada Lahera, Eugenio, “Introducción a las políticas públicas”. Chile: Fondo de la Cultura Económica, 2002.
46. Parra Vera Óscar, “El Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales”, Defensoría del Pueblo, Colombia (2003), doi: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>
47. Parra Vera Óscar y Alicia Ely Yamin, “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica”, *Tratado de derecho a la salud*, (2013): 157-215, doi: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32458.pdf>
48. Peruzzotti, Enrique, and Catalina Smulovitz. "Accountability social: la otra cara del control." *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas* (2002): 23-53, doi: https://controlatugobierno.com/archivos/bibliografia/PERUZZOTTIcontrolando_la_politica_caps_1_2_y_3.pdf.
49. Quinche Ramírez, Fernando y Juan Camilo Rivera-Rugeles, “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de derechos humanos”; Vniversitas, (Colombia) N° 121:113-138, julio-diciembre de 2010; <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14424>.
50. Rivera León Mario Arturo, “Esbozo de teoría contramayoritaria: consideraciones de la “countermajoritarian difficulty””, *Teoría y realidad constitucional*, (2011): 407-428, doi: <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6966>
51. Rodríguez – Arana Muñoz, Jaime, “Derecho Fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el Derecho Administrativo”; Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Núm. 6, (2013): 23-56. http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmدا/ponencias/JaimeRodriguezArana.pdf
52. Rodríguez – Arana Muñoz, Jaime, “El derecho administrativo ante la crisis (el Derecho administrativo social)”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 15 – n° 60 (2015): 13 – 37.
53. Rodríguez – Arana Muñoz Jaime, “La vuelta del derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 15 – n° 60 (2015): 13 – 37, doi: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/453>.
54. Rodríguez, Angélica María, “Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos”; file:///C:/Users/hp/Downloads/Dialnet-IndicadoresDeConstitucionalidadDeLasPolíticasPubli-6132886.pdf
55. Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco Diana; “Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia”; *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad*, 2010; https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf

56. Rodríguez Garavito César, *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*. Compilado por Roberto Gargarella, Argentina, 2014.
57. Rose-Ackerman, Susan, “El derecho administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n° 43 (2009): 5-26, <https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533674001.pdf>
58. Saffon María Paula y Mauricio García Villegas, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos* 13.1 (2011): 75-107, doi: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511>.
59. Sagües, Néstor P.; “*El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial*”; Buenos Aires: LexisNexis, 2005.
60. Sagües Néstor Pedro, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2011): 527-541.
61. Sagredo Santos, Antonia; “*Nueve ancianos anulan la legislación el New Deal. El Tribunal Supremo Estadounidense y la Ley Agraria*”; *Revista Complutense de Historia de América* vol. 31, (2005): 193-213; <https://revistas.ucm.es/index.php/RCHA/article/viewFile/RCHA0505110193A/28576>
62. Sedlacek, Federico, “*El control jurisdiccional de políticas públicas: hacia una reformulación del dogma republicano*”; I Congreso Argentina-Brasil de Derecho Procesal, en San Pablo, Brasil, diciembre 2012; http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=71&embedded=true
63. Sierra Cadena, Grenfieth de Jesús, “*La justicia constitucional en la era de la gobernanza (Un análisis de perspectiva comparada desde la periferia del derecho)*”; *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 13, (2011): 67-95; <http://universitas.idhbc.es/n13/13-04.pdf>.
64. Sierra Cadena, Grenfieth de Jesús, “*El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas*”; Primera edición, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
65. Siegel, Reva. "El Discurso de la Igualdad: los valores de la Antisubordinación y la Anticlasificación en las luchas constitucionales sobre el caso Brown" *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo*, (2013): 173-259.
66. Silva Irarrázaval Luis Alejandro, “Las cuestiones políticas: una doctrina sobre los límites del poder judicial. El caso de los Estados Unidos”, *Estudios Constitucionales*, (2016): 231-262, doi: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002016000200008&script=sci_arttext&tlng=n
67. Spector Horacio. *Un sistema democrático de control constitucional*. Compilado por Roberto Gargarella, 187-208, 2014.

68. Terbullino, Pavel G. Corilloclla, “*La justicia constitucional y las políticas públicas: una aproximación*”; Instituto de Políticas Públicas; <http://www.expansiva.cl/media/publicaciones/indagacion/documentos/20090707121202.pdf>.
69. Vargas Murillo, Alfonso Renato, “*Reflexiones acerca de la relación entre justicia constitucional y formulación de políticas públicas con enfoque basado en derechos humanos*”, *Revista Lex*, N° 24 – año XVII (2019):50-60, <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1810/1946>
70. Valdiño, Vanesa, ed., *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Observatori DESC, 2009.
71. Velasco Cano Nicole y Jairo Vladimir Llano, “Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano”, *Novum Jus, Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, Vol. 9, n° 2 (2015): 49-73, doi: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/16412/1/Teor%c3%ada%20del%20derecho%2c%20neoconstitucionalismo%20y%20modelo%20de%20estado%20constitucional%20en%20el%20contexto%20colombiano.pdf>
72. Waldron, Jeremy; *El control de constitucionalidad y legitimidad política*”, *Dikaion*, Año 32 - Vol. 27 Núm. 1 - Chía, (2018): pp. 7-28: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/9023/4744>.
73. Yáñez Meza, Diego Armando, “Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas”; *Estudios de Derecho -Estud. Derecho-* Vol. LXXI. N° 157, junio 2014; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín. Colombia; <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/21664/17853>
74. Yepes Parra Antonio. "El derecho a la salud: La necesidad de repensar los derechos sociales." *Revista cubana de salud publica*, (1999): 112-122, doi: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34661999000200002.
75. Zúñiga Urbina, Francisco; *Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas*; *Revista Ius Et Praxis* - año 14 - N° 2 Jornadas Argentino Chileno Peruanas de Derecho Constitucional, en tema abierto “Estado actual de la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales”, realizadas en la sede de la UCA, Buenos Aires, 16 a 18 de abril de 2008, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art08.pdf>

Índice Legislativo.

1. Constitución de la República de El Salvador, D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. N° 234, del 16 de diciembre de 1983.
2. Constitución de la República Sudafricana, 1996, publicada en La Gaceta del Gobierno el 18 de diciembre de 1996.

3. Ley de Procedimientos Constitucionales, D.L. N° 2996, del 14 de enero de 1960, D.O. N° 15, Tomo 186, del 22 de enero de 1960.
4. Ley de Procedimientos Administrativos, D.L. N° 856, de fecha 15 de diciembre de 2017, publicado en el D.O. N° 30, Tomo 418, del 13 de febrero de 2018.
5. Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, Decreto del Consejo de Ministros N° 24, del 18 de abril de 1989, publicado en el D.O. N° 70, del 18 de abril de 1989.
6. Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948
7. Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto San José–, adoptado el 22 de noviembre de 1969, vigente a partir de 18 de julio de 1978, ratificada por el Salvador el 20 de junio de 1978.
8. Observación 14, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Organización de las Naciones Unidas, 11 de agosto de 2000.
9. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 16 de diciembre de 1966, vigente a partir de 3 enero de 1976, ratificado por El Salvador el 30 de noviembre de 1979.
10. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador–, adoptado el 17 de noviembre de 1988, vigente a partir 16 de noviembre de 1999, ratificado por el Salvador el 4 de mayo de 1995.
11. Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013.

Índice Jurisprudencial.

Nacional

1. Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, amparo 166-2009, del día veintiuno de septiembre de dos mil once.
2. Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, amparo 749-2014, del día once de marzo dos mil quince.
3. Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, amparo 32-2012, del día diecisiete de julio de dos mil quince.
4. Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, amparo 938-2014, del día veinticinco de septiembre de dos mil diecisiete.

5. Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, amparo 701-2016, del día dos de julio de dos mil dieciocho.
6. Sala de lo Constitucional, sentencia de 1 de febrero de 2013, inconstitucionalidad 53-2005.
7. Sala de lo Constitucional, sentencia de 5 de febrero de 2016, habeas corpus 394-2015.
8. Sala de lo Constitucional, sentencia de 14 de diciembre de 2004, inconstitucionalidad 20-2003.
9. Sala de lo Constitucional, sentencia de 17 noviembre de 2017, inconstitucionalidad 105-2014.

Internacional

1. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025/04, de fecha veintidós de enero de dos mil cuatro.
2. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-760/08, de fecha treinta y uno de julio de dos mil ocho.
3. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-302/17, de fecha seis de junio de dos mil dieciocho.
4. Corte Suprema de la República de Sudáfrica v. Grootboom. Caso N° CCT 11/00. 2000 (11) BCLR 1169 y Ministro de Salud v. Treatment Action Campaign. Caso N° CCT 8/02.
5. Corte Suprema de Estados Unidos, Caso Brown contra Consejo de Educación de Topeka, 347 U.S. 483, 1954.
6. Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia 015485-13, de fecha dieciocho de junio de dos mil dieciséis.
7. Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia 15-16279, de fecha veinte de octubre de dos mil quince.
8. Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol 740, de fecha 18 de abril de dos mil ocho.
9. Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol 1710-10-INC, de fecha seis de agosto de dos mil diez.