



Universidad Nacional
Federico Villarreal

Vicerrectorado de
INVESTIGACIÓN

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**“LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL
ÁMBITO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL
SECTOR SALUD-2017”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTOR

Fuentes Tapia, Oscar Jorge

ASESOR

Mg. Alfaro Pamo, Karina Tatiana

JURADO

Dr. Zumaeta Muñoz, Pedro César
Dr. Quevedo Pereyra, Gastón Jorge
Mg. Díaz Pérez, José Joaquín

Lima – Perú

2019

Indice

Caratula	i
Resumen	ii
Abstract	iii
Tukupay	iv
I. Introducción	7
1.1 Planteamiento del problema	8
1.2 Descripción del problema	10
1.3 Formulación del problema	14
1.3.1 Problema general	14
1.3.2 Problemas específicos	14
1.4 Antecedentes	14
1.4.1 Antecedentes internacionales	14
1.4.2 Antecedentes nacionales	16
1.5 Justificación de la investigación	20
1.5.1 Teórica	20
1.5.2 Práctica	21
1.5.3 Metodológica	21
1.5.4 Social	21
1.6 Limitaciones de la investigación	21
1.7 Objetivos	22
1.7.1 Objetivo general	22
1.7.2 Objetivos específicos	22
1.8 Hipótesis	22
1.8.1 Hipótesis Principal	22
1.8.2 Hipótesis Secundarias	22
II. Marco teórico	23
2.1 MARCO CONCEPTUAL	23
2.1.1 Jurisprudencia Tribunal Constitucional	23
2.1.2 Políticas Públicas del Sector Salud	77

III. Método	107
3.1 Tipo de investigación	107
3.2 Población y muestra	108
3.2.1 Población	108
3.2.2 Muestra	108
3.3 Operacionalización de variables	109
3.4 Instrumentos	109
3.5 Procedimientos	109
3.6 Análisis de datos	110
IV. Resultados	111
4.1 Contrastación de Hipótesis	111
4.2 Análisis e interpretación	115
V. Discusión de resultados	123
5.1 Discusión	123
VI. Conclusiones	125
VII. Recomendaciones	126
VIII. Referencias	127

Resumen

La investigación tuvo como objetivo principal el determinar la relación de las sentencias emitidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud – 2017.

La investigación es de un método hipotético deductivo, de tipo transversal, descriptivo, correlacional. Se trabajó con una población de 7 magistrados que actualmente son parte del Tribunal Constitucional y por ser una cantidad mínima para la muestra se tomó a toda la población. Se utilizó como técnica la encuesta y como instrumento el cuestionario.

Según los datos obtenidos de los magistrados el 28.57% refiere que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional es eficiente, el 57.14% manifiesta o puntualiza que es regular en cambio hay un 14.29% que manifiesta que es deficiente. Así mismo el 28.57% refiere que las políticas públicas en salud son eficientes, en cambio en un porcentaje del 57.14% refiere que son regulares en cambio hay un 14.29% que manifiesta que son deficientes. Finalmente se concluyó que Las sentencias emitidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos, según la correlación de Spearman encontrada de 0.660, la cual es moderada y como informa la Tabla del SPSS (**) esta correlación es significativa, incluso a nivel de $p: 0.01.$, lo cual permite aprobar la hipótesis general y rechazar su nula.

Palabras Claves: Tribunal constitucional, normas, Sector Salud.

Abstract

The main objective of this investigation was to determine the relationship between the sentences issued by the jurisprudence of the Constitutional Court and Public Policies in the Health sector - 2017.

The investigation is of a hypothetical deductive method, of transversal, descriptive, correlational type. We worked with a population of 7 magistrates who are currently part of the Constitutional Court and because it is a minimum amount for the sample, the entire population was taken. The survey was used as a technique and the questionnaire was used as an instrument.

According to the data obtained from the magistrates, 28.57% said that the Constitutional Court's Jurisprudence is efficient, 57.14% stated or pointed out that it is regular, whereas there is a 14.29% that states that it is deficient. Likewise, 28.57% state that public health policies are efficient, whereas in a percentage of 57.14% they say that they are regular, whereas there is a 14.29% who state that they are deficient. Finally, it was concluded that the sentences issued by the jurisprudence of the Constitutional Court and Public Policies in the Health sector have a significant relationship in most cases, according to the Spearman correlation found of 0.660, which is moderate and as reported in the Table of the SPSS (**) this correlation is significant, even at the level of $p: 0.01.$, which allows to approve the general hypothesis and reject its null.

Key Words: Constitutional Court, standards, Health Sector.

Tukupay

Kay maskanapiqa, Chayana, riqsina karqa Tribunal Constitucional hinataqmi Políticas Públicas en el Sector Salud Kamachikusqankuwan.

Maskanaqa kanqa, allin maskaykunawan yanapakuspa – Llamkaniku llapan llaqtawan aslla qanchis Magistrado kuna kaptin, kunanpuni llamkachkanku Tribunal Constitucionalpi.

Allin ruwasqayku kananpaq llaqtapi kaqkunata tapuniku, hinaspapas yachaschan qillqananpaq huniku “Cuestionario” “nisqanta”

Magistradukunapa urqusqankuqa 28.57% willakamun Tribunal Constitucionalqa allinmi jurisprudencia nispa; Wakinñataq, 57.14%, ninku allinraqtaq nanaraqtaq nispa; hukunañataq, 14.29% minku manam valinchi nispa.

Tukuykunapaq, chayaniku huk umalla Tribunal Constitucionalwan Políticas Públicas en el Sector Inataqmi Spearman nisqanku tarinku 0.660, chayqa allinmi, imaynam Tabla del 0.01 willakamusan sayayninman, kaywanqa yachasun lliu hipotesista nulata wischuspa.

I. Introducción

El presente trabajo de investigación, cuyo título es: “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el ámbito de las políticas públicas en el sector salud – 2017, tema de investigación que necesita de un análisis profundo desde el enfoque jurídico, dado que tradicionalmente las políticas públicas han sido ampliamente desarrolladas bajo el enfoque económico y administrativo, y cuyas propuestas de solución han respondido a diseños presupuestarios más que jurídicos y menos, tomados en consideración desde el orden constitucional.

Esta falta de tratamiento constitucional – jurídico, determina un inadecuado manejo jurídico de las políticas públicas, factor que finalmente, incidirá negativamente en la población.

Pese a este inadecuado ambiente jurídico en el tratamiento de las políticas públicas, en la actualidad, comienza a surgir nuevos estudios sobre el derecho constitucional que empiezan a robustecer el tema de las políticas públicas en relación con el orden jurídico, inyectando con ello optimismo en las esferas públicas para satisfacer con plena justicia y legalidad las necesidades de la sociedad en su conjunto.

El AUTOR

1.1 Planteamiento del problema

El Estado para ofrecer una respuesta adecuada a las múltiples necesidades de los ciudadanos, diseña y ejecuta las políticas públicas, acciones y decisiones que previamente son organizadas sobre la base de la coordinación con los sectores públicos y privados, estrategias que van direccionados a resolver dichos problemas, la cual hace efectivo a través de la designación de recursos del tipo humano, técnico, económico e infraestructura.

Tradicionalmente, el enfoque de las políticas públicas han sido diseñadas para dar respuestas a los planteamiento del orden económico y administrativo, propuestas que han sido diseñadas por estudiosos y técnicos en el orden presupuestario, propuestas que han sido pocas veces ampliados al orden jurídico, y menos al ámbito constitucional, la doctrina plantea con un tratamiento de derechos la dimensión jurídica de las políticas públicas en la salud.

Este exiguo tratamiento teórico, dogmático sobre la perspectiva de los derechos en el planteamiento de las políticas públicas, demuestra una desviación en la doctrina jurídica que dificulta que el derecho sea planteado como un ente regulador establecido en la Constitución que impulsa y delimita adecuadamente la enunciación de políticas públicas ecuanimes para el bienestar social de la población en su conjunto.

A pesar del contexto descrito en el párrafo anterior, en la actualidad, a través de la evolución y del desarrollo de los fundamentos teóricos sobre la teoría constitucional en relación a las dimensiones del orden jurídico y constitucional de las políticas públicas, la jurisprudencia constitucional ha ejercido una positiva

influencia en el desarrollo público del país, principalmente como ente garantizador de la comprobación de los derechos de naturaleza social, estableciendo las condiciones mínimas para la satisfacción de derechos tales como la salud, la educación y el trabajo, actores principales que conforman las básicas y exiguas pretensiones sociales que la población exige como respuesta al ejercicio de sus libertades.

A través de la presente investigación trataremos de establecer la relación entre la jurisprudencia del tribunal constitucional y las políticas públicas en el sector salud, a través de esta conciliación trataremos de enfocar que la realidad jurídica en relación a las políticas públicas en el sector salud difiere mucho del contexto jurídico actual, el cual debe ser entendido como otra de las manifestaciones propias del paradigma del Estado Constitucional y de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Bajo este contexto jurídico, el Estado a través de la jurisprudencia constitucional tiene la posibilidad de reducir las distancias entre lo normativo y lo fáctico, siendo que la omisión de políticas públicas en salud para la materialización de los derechos fundamentales, o la ineficacia de las existentes, representa el incumplimiento del Estado en la adopción de estrategias efectivas para el cumplimiento de ciertos argumentos constitucionales.

Para una mayor comprensión y organización del presente trabajo, ésta se clasificó de la siguiente forma: El primer capítulo hace referencias al planteamiento y formulación del problema, así como se formuló la justificación y se describió las limitaciones del estudio y finalmente, los objetivos planteados. En el segundo capítulo, se hace referencia a los estudios nacionales e internacionales, de igual

modo se hace referencia al desarrollo del marco teórico, los aspectos sociales y ambientales de la investigación. En el III Capítulo, se hace referencia al método del estudio; entre ellas se detallan el tipo, población, hipótesis, operacionalización, instrumentos, procedimientos y análisis de datos. En el Capítulo IV, se establecen los resultados: descripción y prueba de hipótesis. En el capítulo V, se realizó la discusión de los resultados; además de las conclusiones y recomendaciones del estudio, en el capítulo VI, se muestran las referencias bibliográficas que se emplearon en la investigación y VII, se presentan los anexos.

1.2 Descripción del problema

El nuevo siglo, no solo ha traído consigo el avance tecnológico de la comunicación, junto a ello ha añadido nuevas dimensiones de naturaleza pública que configuran nuevos escenarios políticos, salud, sociales, culturales, jurídicos, etc, El estudioso Hirschl (2008) señaló que: “Los diarios noticiosos han acelerado desmedidamente la evolución de la judicialización de la política” (p.119). Son estos medios audiovisuales que comunican constantemente sobre las polémicas de tinte político, causando con ello la habitualidad y el conocimiento social. Temas públicos como la corrupción, el feminicidio, la extorsión, etc que antes estaba solo limitado a la judicatura del distrito, hoy son resueltos en tribunales constitucionales.

Las políticas en salud protegen la salud pública; es decir, tienen como objetivo asegurar la integridad física y psíquica del individuo, y se concretan en una serie de servicios de atención primaria, hospitalaria y de prestaciones de tipo farmacéutico. La salud pública abarca todos los ámbitos de la acción social; por tanto, también se refiere al campo de la salud laboral y a las previsiones sanitarias

necesarias para asegurar el bienestar en salud en el ámbito social y del trabajo. El reto de la política sanitaria es conseguir la extensión universal de la red pública de asistencia en salud, garantizando la extensión de la cobertura sanitaria, todo ello, mediante un sistema de gestión económica que sea sostenible (Ruiz, 2004, p.90).

Este desarrollo doctrinario y jurídico en relación de las políticas públicas en salud ha forjado una real influencia de los tribunales constitucionales sobre las políticas públicas en salud, con el objetivo de garantizar el reconocimiento de los derechos de naturaleza salubre de la población. Ella se traduce, en primer lugar, un problema real, pues es cierto que, en muchas de sus profundas jurisprudencias constitucionales, la Corte entra a remplazar al legislador no solo interpretando el cabal sentido de la norma constitucional, sino, a menudo, yendo mucho más allá: legislando. Es decir, el juez del tribunal constitucional no solo dice la manera como debe entenderse la Constitución, sino que se cree en el deber de subsanar los vacíos que a su juicio ha dejado el legislador, remplazándolo.

Pero también, es acaso una actitud inexorable con la que nos encontramos frente al nuevo rol de los jueces de los tribunales constitucionales en casi todo el mundo. No solo en el Perú. En cierta manera, nuestro juez del tribunal constitucional se ha visto imbuido por la manera como aplica el raciocinio jurídico la Corte Suprema de los Estados Unidos. No solo dice el Derecho, sino que legisla. Esto ha permitido hablar en EE UU de que la Constitución Americana es una “Constitución viviente” que con muy pocas enmiendas va leyendo dinámicamente la sociedad americana a través del prisma de una jurisprudencia siempre activa y creativa.

En razón de lo anterior, los tribunales constitucionales se han convertido en un actor político fundamental. Pese a que sus fallos no se fundan léase, no deberían fundarse en razones de conveniencia, sino en la más rigurosa argumentación jurídica, provocan toda clase de efectos políticos en las sociedades.

Este punto de relación entre la jurisprudencia constitucional y las políticas públicas en salud es que trataremos de construir en nuestra investigación, que debe ser entendido como otra de las manifestaciones propias del paradigma del Estado Constitucional y de la doble dimensión de los derechos fundamentales. En este tipo de Estado la jurisprudencia constitucional abre una posibilidad para reducir la brecha entre lo normativo y lo fáctico, siendo que la omisión de políticas públicas en salud para la materialización de los derechos fundamentales, o la ineficacia de las existentes, representa el incumplimiento del Estado en la adopción de acciones efectivas para el cumplimiento de ciertos preceptos constitucionales.

Efectivamente, frente a la inacción del poder público en la adopción de planes de acción eficaces para la satisfacción de los derechos, la jurisprudencia de las cortes constitucionales ha jugado un rol fundamental para reorientar el enfoque de las políticas públicas en salud desde la búsqueda de la eficiencia doctrinal hacia objetivos que realmente permitan medir, sobre la base del respeto de la dignidad humana, el goce efectivo de los derechos fundamentales.

Lo público de las políticas, es lo de interés o utilidad común a todos, lo que atañe al colectivo, lo que concierne a la comunidad y, por ende, la autoridad de allí emanada, en contraposición a lo privado como aquello que se refiere a la utilidad y el interés particular (Rabotnikof, 2008, p.28). Así se habla de la salud pública como

la salud de todos, la salud responsabilidad del Estado en contraposición con la salud específica de un ciudadano o el servicio de salud ofrecido por un particular.

En el Perú, la vigente carta constitucional reconoce en su artículo 7° el derecho a la salud. El mismo, se encuentra recogido también en diversos instrumentos internacionales de los que el Perú es parte tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No obstante, no está de más recalcar que el hecho de que se trate de un derecho de esta naturaleza no implica su desatención por parte del Estado o que el mismo se trate de un derecho de segunda categoría pues, tal como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional “se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en su reconocimiento en forma conjunta e interdependiente” (STC 2017-2004-AA/TC, f. j. 10).

En dicho contexto, motiva nuestro interés para el desarrollo de la presente tesis en resaltar la relación del Tribunal Constitucional peruano en el ámbito de las políticas públicas en salud para el goce efectivo de los derechos, ya sea para corregir la omisión estatal, impulsar reformas legales e institucionales de los instrumentos que las conforman, o simplemente generar espacios de diálogo social

constructivo para que determinadas minorías puedan expresar sus demandas, fiscalizar o impugnar las decisiones del poder estatal.

De lo formulado, nos planteamos la siguiente interrogante:

1.3 Formulación del problema

1.3.1 Problema general

¿De qué manera se relaciona las sentencias emitidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud - 2017?

1.3.2 Problemas específicos

¿De qué manera se relaciona los tipos de Normas Constitucionales y las Políticas Públicas en el sector Salud - 2017?

¿De qué manera se relaciona las Características Constitucionales esenciales y las Políticas Públicas en el sector Salud - 2017?

¿De qué manera se relaciona el rol de la jurisprudencia constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud - 2017?

1.4 Antecedentes

1.4.1 Antecedentes internacionales

Ruiz (2011) la presente tesis, es un trabajo de investigación fiscal con metodología mixta, mediante la tradición cualitativa de un estudio de caso por su objeto de análisis, utilizando como técnica la entrevista para la obtención de información y al mismo tiempo la encuesta mediante un instrumento de medición elaborado en

escala de likert, datos que fueron capturados en el software Dyane 4.0 para determinar información en tabulación simple y cruzada para la contrastación de las hipótesis, utilizando la χ^2 cuadrada de Pearson, ofreciendo objetividad y confiabilidad a los resultados.

Rezabal (2008) desarrollo el trabajo de investigación cuyo objetivo general de este trabajo consiste en analizar, desde una perspectiva comparativa, las iniciativas desarrolladas en las universidades de Argentina, Chile y Perú orientadas a promover el acceso, permanencia y graduación de sectores excluidos de la educación superior para identificar los factores que han incidido en la creación y desarrollo de las mismas. En las sociedades actuales el acceso al conocimiento, a la información y a la calificación a través de la educación superior constituye una herramienta altamente valiosa para el crecimiento individual y colectivo, así como para el ejercicio pleno de la ciudadanía. Si bien los sistemas se han masificado, todavía existen amplios sectores de la población que han quedado fuera de la educación superior o que no logran concluir sus estudios, evidenciando un problema de equidad en el acceso, permanencia y graduación universitaria. Este trabajo analiza desde una perspectiva comparativa los factores que han incidido en el surgimiento y desarrollo de iniciativas dirigidas a la inclusión de grupos vulnerables a la universidad, con el fin de extraer lecciones que sirvan para su consolidación y extensión a otras instituciones. Se seleccionaron tres casos de estudio en Argentina, Chile y Perú dirigidos a la mejora del acceso, la retención y la graduación de la población indígena. Se empleó una estrategia teórico-metodológica cualitativa basada en el análisis de entrevistas en profundidad realizadas a referentes importantes del tema (representantes del gobierno nacional,

de las universidades públicas y de los programas seleccionados). El trabajo concluye con reflexiones sobre los casos estudiados, destacando los aprendizajes obtenidos sobre dos grandes temas: la formulación de políticas públicas en el ámbito universitario (cómo, quienes, cuándo y en qué contexto se elaboran dichas políticas) y las estrategias de inclusión social a estas institución es (alcances, logros y desafíos para este tipo de intervenciones). Asimismo, se plantean sugerencias generales para el desarrollo de políticas públicas de inclusión social en la educación superior.

1.4.2 Antecedentes nacionales

Morales (2017) desarrollo el trabajo de investigación cuyo objetivo es la configuración y emisión de los precedentes constitucionales vinculantes efectuada por el Tribunal Constitucional del Perú (TC) durante los años 2005 a 2015. Se pretende demostrar que la opción interpretativa del artículo VII del Título preliminar del Código Procesal Constitucional desarrollada por el TC es equivocada en relación a los modelos estadounidense y colombiano, que se caracterizan por su flexibilidad. En nuestro país el precedente constitucional vinculante es rígido y autoritario y más se parece a un tipo de legislación general que a la técnica del precedente de casos específicos. También, se analizan de manera global los 48 precedentes dictados por el TC según los criterios cronológico, temático, por sus efectos y según se trate de interpretaciones constitucionales o legales. El resultado de dicha evaluación nos indica que el Pleno de los años 2005 a 2007 dictó 30 precedentes (62.5%), tendencia que disminuyó en los siguientes años con el Pleno de los años 2007 a 2014 que emitió 14 precedentes (29.1%) y el actual que sólo ha dictado 4 precedentes (8.33%). Se ha comprobado que la emisión de los precedentes constitucionales vinculantes se ha caracterizado por abordar temas coyunturales y de poca relevancia constitucional, demostrándose que la mayoría de temas regulados son de carácter legal. Se propone respetar y garantizar algunos criterios constitucionales para la emisión de los precedentes vinculantes: la función

del TC de intérprete supremo de la Constitución, el acceso a la justicia, la finalidad de los procesos constitucionales, el recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales y la independencia judicial. Se concluye que el TC debe cambiar su interpretación y práctica para pasar de un precedente rígido y autoritario a uno de tipo flexible y que se circunscriba a temas constitucionales, según los modelos de referencia (EE.UU., Colombia).

Gonza (2015) desarrollo el trabajo de investigación cuyo objetivo principal es Analizar las políticas públicas establecidas por el gobierno peruano, a fin de reintegrar socialmente a las víctimas de este flagelo humano. Otros objetivos han sido conocer la situación y dinámica de la trata de personas con fines de explotación sexual en el distrito de Juliaca, así como establecer cuál era el fin más preponderante de la trata de personas. Se ha utilizado una metodología de investigación mixta, con información cuantitativa sobre los casos registrados en la Fiscalía especializada en Delitos de Trata de Personas en el Departamento de Puno, y sobre todo ha sido cualitativa por la revisión de la bibliografía y legislación del tema estudiado. Entre los principales resultados se ha podido conocer que jurídicamente existen mecanismos legales para proteger y en especial para lograr la reintegración de las víctimas de trata de personas, pero que sin embargo no tienen éxito, porque no existen programas de seguimiento y demanda un fuerte presupuesto económico y logístico del estado que no se dispone. Una vez que se logran rescatar víctimas, muchos de estas reinciden, cayendo nuevamente en organizaciones delictivas, por el temor, la vergüenza social y familiar, además de las facilidades económicas, que son los principales factores para seguir en este círculo vicioso.

Gutiérrez (2013) desarrollo el trabajo de investigación cuyo propósito fundamental es determinar las causas de la falta de correspondencia entre el actual modelo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional y la garantía de un proceso imparcial. A la par del amplio reconocimiento de la sociedad a la tarea del Tribunal Constitucional, somos testigos, no desde poco tiempo, de los constantes cuestionamientos a su labor, que repercuten en el ataque a su autonomía incluso por parte de poderes del Estado como el Congreso de la República o el Poder Judicial. Esta falta de correspondencia, hace notar la necesidad de realizar una revisión sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional y las condiciones que se deben garantizar

atendiendo a sus altas funciones, las que indudablemente deben iniciar por el análisis del vigente sistema de elección de sus magistrados. Ciertamente, la elección de los magistrados no ha sido en la experiencia peruana un proceso armonioso con la trascendental labor que este órgano comporta para la institucionalidad de la supremacía constitucional. A ello, debe sumarse la situación actual de renovación de magistrados, que además de exceder todo período regular, viene siendo materia de un replanteamiento en cuanto al procedimiento. Sin embargo, aun cuando se han producido algunos cambios al procedimiento de la elección, persisten los problemas que no permiten una designación democrática y oportuna. No existen en la actualidad las condiciones necesarias para asegurar un Tribunal Constitucional conformado por magistrados dotados de plena independencia y autonomía acorde con sus prioritarias funciones. En tal sentido, la presente investigación desarrolla los principales aspectos teóricos que determinan que el modelo de control constitucional peruano tiene como órgano central al Tribunal Constitucional, cuyos integrantes determinarán la eficacia de los principios elementales del Estado Constitucional de Derecho: la supremacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. De esto, se reconoce que para garantizar dicha posición prioritaria debe partirse por asegurar un adecuado sistema de elección, cuyo estudio comprende diversos aspectos: procedimiento legislativo, órgano encargado de la elección, número de miembros, período del mandato y requisitos vinculados con la especialización y la trayectoria democrática. Con base en la experiencia práctica, se analiza y se concluye que el actual sistema de elección de magistrados constitucionales en el Perú no es coherente con el desarrollo de un proceso imparcial y objetivo, situación que es lesiva del principio – derecho del debido proceso que debe ser garantizado en todos los niveles, tal como la propia jurisprudencia constitucional lo ha establecido. En efecto, de acuerdo con los antecedentes nacionales en materia de elección de miembros del Tribunal Constitucional, la Comisión Especializada del Congreso no tiene parámetros normativos definidos para desarrollar sus funciones, habiendo ejecutado hasta la fecha un trabajo informal, poco transparente y ampliamente subjetivo, desplazando a la evaluación curricular y la trayectoria personal a un plano no decisivo, generando además, maltratos y acciones contrarias a la buena fe de los candidatos, que en muchos casos son juristas de reconocido prestigio. Asimismo, el actual

procedimiento de designación desarrollado en el Pleno del Congreso de la República es la expresión categórica de un sistema de privilegio de intereses partidarios, contrarios a las misiones constitucionales del alto tribunal. La investigación determina que el desorden y la falta de predictibilidad en la elección contribuyen a la persistencia de los conflictos entre el Tribunal Constitucional y diversos órganos públicos, afectando no solo su legitimidad sino, peor aún, la ineficacia de sus decisiones jurisdiccionales; situación que resulta ampliamente grave. En esa línea de ideas, presentamos una detallada revisión de los procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional regulados en otros sistemas jurídicos y el ambiente en el que se desarrollan, lo que permitirá entender las deficiencias de nuestro sistema de designación y las propuestas adecuadas de reforma. Finalmente, el trabajo pretende ser un aporte desde las líneas de investigación histórica y comparativa, a una discusión vigente y de vital importancia para el Estado de Derecho Constitucional: la correspondencia entre la jurisdicción constitucional y el principio del debido del proceso. Luego de estudiar y analizar las bases teóricas de la naturaleza del Tribunal Constitucional, la regulación y los antecedentes de los procesos de elección de magistrados constitucionales en nuestro país, así como revisar los modelos correspondientes del Derecho Comparado; se pudo concluir en una estimación real de la hipótesis planteada, cual es que el actual modelo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional peruano no es adecuado para garantizar un proceso imparcial.

(EXP. N° 02005-2009-PA/TC). UN CASO EN EL QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ORDENÓ QUE EL ESTADO SE ABSTENGA DE DESARROLLAR UNA POLÍTICA PÚBLICA: LA DISTRIBUCIÓN GRATUITA DE LA DENOMINADA “PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE” EN EL MARCO DEL PROGRAMA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN FAMILIAR

El análisis de esta sentencia en algún sentido rompe el esquema que hasta el momento hemos venido trabajando respecto a la posibilidad de incidir a través de la jurisprudencia constitucional en la modificación o el diseño de las políticas públicas que desarrollan los derechos sociales, pues en este caso el derecho fundamental a proteger será la vida y el derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad, ya no desde el enfoque de

la progresividad sino más bien según la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales, y en particular, desde su dimensión objetiva.

EXP. N° 2002-2006-PC/TC. UN CASO EN EL QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INCIDIÓ EN LA FORMULACIÓN DE UNA NUEVA POLÍTICA PÚBLICA: LA POLÍTICA PARA IMPLEMENTAR UN SISTEMA DE EMERGENCIA QUE PROTEJA, RECUPERE Y REHABILITE LA SALUD DE LA POBLACIÓN CONTAMINADA CON PLOMO EN LA SANGRE EN LA OROYA

En esta sentencia el Tribunal Constitucional peruano se referirá a la eficacia de los derechos sociales, tal como el derecho a la salud, en la que -contrariamente a lo que había señalado en la Sentencia recaída en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC- afirmará en forma categórica la condición de derechos fundamentales de los mismos. Así también, en esta sentencia el Tribunal determinará el tema constitucionalmente preservar de la legalidad a un medio ambiente prudente y apropiado al desarrollo de la vida, y la protección indirecta del derecho a la salud mediante el proceso de cumplimiento.

(EXP. N° 2945-2003-AA/TC). UN CASO EN EL QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INCIDIÓ EN LA REFORMULACIÓN DE UNA POLÍTICA PÚBLICA: LA POLÍTICA DE SALUD CONCERNIENTE A LA PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN CONTRA EL SIDA

En esta resolución el Tribunal Constitucional peruano desarrollará algunos aspectos relevantes sobre el carácter progresivo de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC), la posibilidad de su exigencia judicial y la ejecución presupuestal de las políticas públicas.

1.5 Justificación de la investigación

1.5.1. Teórica

Los resultados a obtener redundarán en un mayor conocimiento sobre la problemática planteada, dado que el planteamiento problemático resulta un nuevo y actual tratamiento jurídico la que se encuentra en proceso de evolución jurídica, por

ello, su estudio y análisis ayudarán a cerrar la brecha cognitiva jurídica y los preceptos normativos sobre el contexto problemático planteado.

1.5.2. Práctica

En el contexto problemático planteado, se ve reflejado claramente la vulneración de los instrumentos institucionales en el ámbito de las políticas públicas, su estudio y análisis determinarán dónde se hallan las deficiencias en la relación de las sentencias de la Jurisprudencia Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud – 2017.

1.5.3. Metodológica

El aporte del presente trabajo de investigación a la ciencia del derecho se encuentra plenamente justificado, dado que permitirá diseñar, construir y validar, concepciones novedosas acordes con el paradigma jurídico actual al estudiar las deficiencias jurídicas en la relación de las sentencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud – 2017.

1.5.4. Social

Los resultados del presente trabajo de investigación brindarán nuevas realidades institucionales y legales, las cuales facilitarán la tarea en las decisiones de los magistrados del Tribunal Constitucional en cuanto en la adopción de planes y acciones eficaces para la satisfacción de los derechos y la jurisprudencia en la búsqueda de reorientar exitosamente el enfoque de las políticas públicas, de esta forma lograr el goce efectivo de los derechos fundamentales.

1.6 Limitaciones de la investigación

Existen pocas referencias bibliográficas, así como pocos trabajos de investigación sobre nuestra investigación.

El trabajo de investigación se desarrolló tomando como referencia espacial solo a la institución afectada.

1.7 Objetivos

1.7.1 Objetivo general

Determinar la relación de las sentencias emitidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud - 2017

1.7.2 Objetivos específicos

Determinar la relación de los tipos de Normas Constitucionales y las Políticas Públicas en el sector Salud - 2017

Determinar la relación de las Características Constitucionales esenciales y las Políticas Públicas en el sector Salud - 2017

Determinar la relación del rol de la jurisprudencia constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud – 2017

1.8 Hipótesis

1.8.1 Hipótesis Principal

Las sentencias emitidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

1.8.2 Hipótesis Secundarias

Los tipos de Normas Constitucionales y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

Las Características Constitucionales esenciales y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

El rol de la jurisprudencia constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

II. Marco teórico

2.1 MARCO CONCEPTUAL

2.1.1 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1.1.1 Jurisprudencia

2.1.1.1.1 Concepto

No es objeto de este trabajo hacer un estudio etimológico o histórico de término "jurisprudencia". Ello implicaría iniciar con el significado propiamente tal de iuris prudentia y seguir el modo de operar de ésta desde el sistema del derecho romano clásico hasta la actualidad.

La palabra jurisprudencia tiene diversas acepciones, la Real Academia Española la define como la Ciencia de Derecho, conjunto de sentencias de los tribunales y doctrina que contienen; criterio sobre un problema jurídico establecidos por una pluralidad de sentencias acordes.

Para Covián, citado por De Pina (1999) la jurisprudencia es la “interpretación que la autoridad judicial da ordinariamente a una ley, y así se opone la jurisprudencia a la doctrina como expresión de la ciencia” (p. 340).

El autor Pereznieta (1995) dice que “entendemos por jurisprudencia en sentido estricto la forma de manifestación del Derecho que se realiza a través del ejercicio de la jurisdicción, en virtud de una sucesión armónica de decisiones de los tribunales” (p.137).

García (1992) dice que la palabra jurisprudencia posee dos acepciones “En una de ellas equivale a ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo. En la otra sirve para designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales” (p.68).

Un Concepto dado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación refiere a que “es el conjunto de reglas o normas que la autoridad jurisdiccional que cuenta con atribuciones al respecto, deriva de la interpretación de determinadas prevenciones del derecho positivo, que precisan el contenido que debe atribuirse y el alcance que debe darse a éstas, y que, al ser reiteradas cierto número de veces en sentido uniforme, no contrariado, son obligatorias para quien deba decidir casos concretos regidos por aquellas prevenciones”

2.1.1.1.2 Evolución

El precedente judicial en el Derecho anglosajón

De acuerdo al principio del stare decises et quietia movere (estése a los decidido, mantenga la quietud), los jueces están en la facultad de acatar y obedecer las sentencias establecidas con anterioridad, además de no contravenir los puntos ya solucionados. Los dictámenes judiciales, no solo constituye un instrumento judicial para resolver una controversia judicial, sino también que ella sirve de fundamento, antecedente o recurso para la solución de futuras controversias judiciales.

Sus antecedentes históricos se encuentran el derecho romano, nació como objetivo para acabar con las injusticias y abusos de los reyes, cónsules y emperadores romanos. Las leyes romanas entes del emperador Justiniano eran pobres y ineficientes en la tarea de poner barreras a las atroces injusticias cometidas por los emperadores romanos. Justiniano aplicó una serie de reglas y principios para favorecer la independencia de los jueces, evitando con ello que se dicten sentencias ad hoc en provecho de los que exhibían el poder.

Este principio jurídico arriba a Inglaterra producto de la invasión de los normandos de origen francés, o es decir, con la victoria del rey normando Guillermo el Conquistador en 1066. Este contexto, favoreció a la comunión territorial y judicial de los pueblos

originarios y los invasores, ambiente que favoreció la unión de los derechos, especialmente de aquellos costumbristas, de los anglosajones, celtas, romanos y normandos. Esto fue posible, gracias a que Guillermo el Conquistador respetó la *lex terrea*, generando con ello el nacimiento de un nuevo Derecho, la cual manifiesta el nacimiento de una nueva mentalidad cultural propia, política y social.

En la Europa Continental, precisamente en la edad media, el rey ostentaba un poder omnipotente, muy distinto a la realidad en Inglaterra, ya que la clase feudal era muy poderosa, de este modo, los jueces dependían casi exclusivamente de ellos al no haber un poder central más poderoso, potente y vigente. Como consecuencia de este contexto histórico, los reyes normandos para acentuar su poder necesitaron del apoyo de un grupo de asistencia o a través del consejo real (*curia regia*) conjunto de señores feudales más importantes. Los cargos del poder fueron encargados a los ministros de la corte y la tarea legislativa al Parlamento del rey. La función territorial estaba encargada a tres instituciones: la *Court of King's Bench* (asuntos administrativos), la *Court of Common Pleas* (controversias civiles) y la *Court of Exchequer* (asuntos tributarios). Son precisamente, estas jurisdicciones las que dan origen a la organización actual de los tribunales, a partir de las leyes *Administration of Justice Act* (1970) y *Court Act* (1971).

En materia penal es original la institución del jurado. Las jurisdicciones legislativas convirtieron a las costumbres feudales, de las tribus sajonas primitivas y de los pueblos invasores, en el *Common law* (Derecho común). Al analizar y ejecutar el Derecho verdadero, básicamente costumbrista, al resultado de casos específicos establecieron precedentes necesarios para ellas mismas y para las cortes subordinados, precedentes que ni ellas mismas podían cambiar, salvo por razones de importancia, lo que ofreció predictibilidad al Derecho, de esta manera impidió que el rey, sus ministros o el

parlamento transgredieran las normas y principios considerados como justo o legal, lo que estableció que el principio stare decises se consolide como una norma democrática.

Bajo otros fundamentos históricos, el Derecho inglés fue consuetudinario, luego con las resoluciones de los jueces, quienes no podían resolver en forma diferente donde existe el mismo argumento, porque ésta no puede ser discordante, de esta manera el Derecho consuetudinario se transformó en jurisprudencial. De esta manera, un caso definido, en lo subsiguiente todas las resoluciones debían unificarse a la sentencia anterior cuando los procesos son relacionados. Lo decidido en un proceso específico se convirtió en principio general.

El precedente o stare decises debe ser divulgado, con el objetivo de generar claridad y afirmar el principio de seguridad jurídica.

En el precedente del sistema del Common law resaltan dos principios: la ratio decidendi y el obiter dictum (dicho sea de paso). La ratio decidendi o Holding es el fundamento que genera la resolución normativa de una sentencia, es decir, es el eje central de la decisión o la razón de la decisión; sin la ratio decidendi, la decisión no sería la misma; se establece la ratio decidendi estudiando los sucesos materiales de la decisión y su fundamentación. El obiter dictum se menciona a aquellas razones que no son imprescindibles para la solución del caso, sólo sirven para fortalecer la razón de la sentencia, ratifican la sentencia pero no tienen efecto asociativo, tienen solamente una función adicional, convincente; si el obiter dictum se elimina, la decisión normativa de la sentencia sigue siendo la misma.

El sistema del Common law, es utilizada y aplicable por los países cuyas leyes se basan en los principios del Derecho inglés.

El principio del stare decises se anula como resultado: a) que, en eventualidades o coyunturas extraordinarias, el tribunal supremo decide rectificar su resolución pasada (overrule or overturn): b) la dación de una ley del Parlamento; y c) por mandatos ministeriales (orders in counsil) dictaminadas en el cumplimiento de autorización parlamentaria, o en uso de la regia prerrogativa. (Torres, 2009, p.77)

El precedente judicial en el Derecho romano germánico

Como en el sistema del Common law, en el romano germánico, históricamente, la costumbre fue precedente a la legislación.

Bajo el conjunto de compendios de principios normativos de Justiniano, tales como las cartas de la Edad Media, los códigos prusiano y bávaro, las Grandes Ordenanzas de Luís XIV y Luís XV, los monumentos jurídicos universales como son el Código Napoleón de 1804, el BGB alemán del 1900 y el italiano de 1942, y los monumentos jurídicos latinoamericanos como son el Ezboco de Gómez Texeira de Freitas en Brasil, el Código civil de Andrés Bello que rige, con algunas modificaciones, en Colombia, Chile y Ecuador, y el Código de Vélez Sársfiel en Argentina, todos ellos, en su conjunto permitieron el florecimiento, crecimiento y el desarrolló del Derecho escrito, lo que ha establecido que en el Estado moderno, el Derecho sea trabajo, casi privilegio, del legislador.

En los países en que sus leyes se rigen bajo el sistema germánico, los jueces son los únicos intérpretes del ordenamiento jurídico con efectos asociativos, motivo por el cual, se considera y afirma que la justicia es lo que el juez determina. La competencia jurídica de los jueces junto a sus ideales morales, imposibilitan que resuelvan juicios parecidos de distinta forma, o sea, advertida o inadvertidamente, están en la senda del precedente judicial obligatorio estableciendo una justicia predecible, presupuesto indispensable de la seguridad jurídica existente en sus países.

El juez no es más la boca de la ley, ésta no actúa por sí sola, sino que para su práctica tiene que ser analizada con la finalidad de establecer cuál es su objetivo y relevancia con relación a un hecho concreto; si se sujeta que el texto de la ley es claro, que no presenta indecisión sobre su significado, se llegará a tal decisión después de la explicación. El análisis o hermenéutica jurídica es la *conditio sine qua non* del Derecho, sin ella no hay desarrollo del principio jurídico.

El análisis dada a la norma legal, consuetudinaria o establecida en las normas generales, sirve de soporte indispensable para solucionar incidentes futuros parecidos. De este modo se desarrolla una justicia predecible. De esta manera, se concluye que la aplicación del derecho romano germánico de forma diferente para casos análogos por parte de jueces probos y honestos, no crea más que un contexto jurídico de inseguridad, la cual crea inseguridad y falta de credibilidad en las normas legales del país.

2.1.1.1.3 Fuentes del derecho

El Derecho peruano está regido por el sistema de Derecho romano germánico (*civil law*), de acuerdo a ello, la ley, en su acepción material, es la doctrina principal de Derecho¹, a falta de ley ejerce la costumbre, y a falta de ley y costumbre, se aplican las normas generales del Derecho. La jurisprudencia perfecciona la normativa jurídica² a través del análisis de la ley, la costumbre y las normas generales del Derecho. La jurisprudencia, por

¹ En el suplemento "Jurídica" del diario oficial El Peruano de fecha 11.12.07, aparece un artículo del Doctor Juan Monroy Gálvez, titulado: El Derecho en broma y en serio, en el que, criticando a un artículo mío publicado en este mismo diario con fecha 20.11.07, con la denominación: La jurisprudencia como fuente del Derecho, afirma categóricamente una serie de inexactitudes como: que la costumbre y los principios generales del derecho no son fuente de derecho; que la jurisprudencia tiene un valor autónomo y no complementario; que "si es la "ley" no es la "norma jurídica"; y si es la "norma jurídica", no es la "ley"; que la sentencia jamás es normativa; que jamás en el *common law* un precedente judicial aplica la ley

² Inc. 6 del art. 1 del Título Preliminar del Código civil español. En la exposición de motivos de este artículo se lee: "No puede desconocerse el hecho de que la Ley lleva adherido, por vía de interpretación, el sentido que la jurisprudencia le ha dado".

conducta general, no es fundamento directo, sino indirecta de Derecho. En el sistema de Derecho del Common law (Derecho anglosajón) el fundamento principal del Derecho es el precedente judicial. También es fundamento de Derecho la ley³, pero la trascendencia inicial del Derecho promulgado es inferior al Derecho judicial, pues la normativa legal, como señaló David (1969), “solo se verá completamente integrado al Derecho una vez que haya sido ejecutada e interpretada por las audiencias judiciales, y en la forma y medida en que se haya llevado a cabo esa interpretación y aplicación (...) se tiende a citar tan pronto como se pueda, no el texto legal, sino la veredicto en que haya recibido ejecución dicho texto legal. Sólo en asistencia de dichos veredictos sabrá el juriconsulto lo que quiere decir la ley, porque solamente entonces encontrará los principios jurídicos en la forma que resulta habitual, es decir, en la forma de norma jurisprudencial”. (David, 1969, p.68)

Los principios de “igualdad de todos los ciudadanos ante ley” y “a igual razón, igual derecho” rigen en los sistemas jurídicos del Civil law y el Common law,. Esto significa, que todos los hombres tienen los mismos derechos ante la ley, de igual forma el juez debe ofrecer la misma sanción ante casos análogos e iguales. en el caso que una norma sea analizada, estudiada e interpretada en un camino específico, este principio es señalado como antecedente y adquiere el rango de precedente jurisprudencial, es decir, de fundamento jurídico general y abstracto, en este sentido, que juicios futuros que tengan un fundamento análogo o parecido obtendrán la misma sentencia jurídica, principio jurídico que concede al ciudadano una justicia predecible con la consecuente seguridad jurídica para el desarrollo de sus tareas.

En uno y otro sistema de Derecho, el Civil law y el Common law, la administración de justicia tiene por función, además de resolver conflictos e incertidumbres sociales, crear

³ Al Derecho legislado se le conoce con el nombre de Statue law, que comprende propiamente los statutes y las Acts of Parliament.

seguridad jurídica, tratando igual a los casos iguales y dando a cada parte litigante lo que le corresponde, con las correcciones establecidas por la ley o el precedente judicial, garantizando a la comunidad una justicia predecible.

Es imposible que jueces honestos e idóneos de uno y otro sistema de Derecho, guiados más por sus convicciones morales que obligados por el ordenamiento jurídico, resuelvan casos semejantes en forma diferente. Los que resuelven casos iguales en forma diferente son los otros, los que carecen de principios éticos o tienen una formación profesional deficiente.

Carece de toda razonabilidad y racionalidad, por contravenir elementales principios lógicos que ninguna ley o decisión judicial pueden dejar sin efecto, que el juez califique a un mismo supuesto fáctico como válido e inválido, como nulo y anulable, como rescindible y resoluble, como procedente e improcedente, como fundado e infundado. El absurdo de negar y afirmar una misma cosa, como sucede con las sentencias contradictorias que resuelven casos iguales en forma diferente, es un claro signo de la falta de honestidad y capacidad del magistrado, lo que no es raro en países subdesarrollados culturalmente como el nuestro. Casos como éstos, en países desarrollados culturalmente, tanto del Common law como del Civil law, constituirían un gran escándalo público que obligaría al magistrado a irse a su casa sino a la cárcel.

El magistrado que resuelve casos semejantes en forma diferente, sin motivar las razones por las que toma tal decisión, degenera gravemente la administración de justicia, contraviene los deberes propios de su cargo que lo obligan a actuar con imparcialidad e independencia, sometiéndose únicamente a la Constitución y a la Ley; es un magistrado que carece de los méritos o condiciones exigidos por la dignidad del cargo, lo que lo

desmerece en el concepto público, porque al resolver casos iguales en forma diferente en vez de generar confianza determina que la comunidad desconfíe del sistema de justicia.

2.1.1.1.3.1 Concepto de Fuentes del derecho

En la historia de la teoría jurídica se atribuye a Savigny y a la Escuela Histórica la formación de la moderna teoría de las fuentes.

Las fuentes son para este autor las causas del nacimiento del derecho, tanto las instituciones como las reglas jurídicas. Para Savigny el derecho se origina en el “espíritu del pueblo” y las fuentes no son más que la manifestación de esa conciencia común. De tal suerte que fuente no sólo es la causa del nacimiento del derecho sino también su manifestación concreta. Por su parte, Del Vecchio distingue tres tipos de fuentes: las que son causa del nacimiento del derecho, las que se deducen de los principios de justicia, y las fuentes técnicas que se refieren al derecho positivo. Según Del Vecchio el origen del derecho está en la naturaleza humana y en la conciencia individual; las que se deducen de los principios de justicia se obtienen del derecho natural y de la razón, y en cuanto a las fuentes sociales, éstas son manifestación de la voluntad social preponderante y se reducen a dos principales —la ley y la costumbre—, una tercera —la jurisprudencia— y otras secundarias.

2.1.1.1.3.2 Clasificación de Fuentes del derecho

Son muchas las clasificaciones que se ofrecen de las fuentes del Derecho, entre ellas se tiene: Históricas, Reales o materiales y Formales:

a) Fuentes Históricas

Son documentos históricos que hablan o se refieren al derecho. Por ejemplo (papiros, pergaminos, tablillas de arcilla en las que algunos pueblos estampaban sus

leyes y contratos). Se refiere a las fuentes jurídicas según su aplicación en el tiempo. Serán vigentes las fuentes positivas actuales que no han sido derogados por otra ley o el reglamento que no ha sido substituido por otro. Las Fuentes Históricas se clasifican a su vez en:

a.1 Fuentes Primarias. Son las que se han elaborado prácticamente al mismo tiempo que los acontecimientos que queremos conocer. Llegan a nosotros sin ser transformadas por ninguna persona; es decir, tal y como fueron hechas en su momento, sin modificación posterior.

a.2 Fuentes Secundarias. Se denominan también historiográficas. Son las que se elaboran a partir de las Fuentes primarias: libros, artículos.

b) Fuentes Reales o Materiales:

Son el conjunto de hechos sociales que determinan la materia o el contenido de las normas jurídicas, es decir, los factores históricos, políticos, sociales, económicos, culturales, ético, religioso que influyen en la creación de la norma jurídica.

c) Fuentes Formales: (Son las Fuentes Jurídicas)

Son todos los procesos de creación de las normas jurídicas, que dan origen al derecho y a la configuración del mismo. Estas son las más importantes ya que son las normas positivas de cualquier tipo que pueda ser invocada por un organismo. Se clasifican a su vez en:

Directas (encierran en sí la norma jurídica)

Leyes y normas provenientes del legislativo o ejecutivo. Es la norma jurídica que, con carácter general y obligatorio resulta de un proceso específico de creación por parte del órgano o autoridad facultada al efecto.

La Costumbre. Es la repetición de acciones al interior de una sociedad, que dada su reiteración, aceptación y permanencia van adquiriendo fuerza normativa, como obligación.

Los Tratados o Convenios Internacionales. Son actos jurídicos que generan normas asumidas voluntariamente por los estados o los organismos internacionales que los llevan a cabo.

Indirectas (Son aquellas que apoyan o coadyuvan a interpretar esas leyes formales)

La Jurisprudencia. Es una institución jurídica que establece los criterios de interpretación o integración de las disposiciones legales que realizan los Tribunales judiciales o administrativos facultados por la ley, mediante la reiteración o solución de contradicción de tesis, y que son de observancia obligatoria para los órganos jerárquicamente inferiores al que pronunció la tesis jurisprudencial.

Doctrina. Son los estudios, análisis y crítica que los juristas realizan con carácter científico no sólo de los sistemas de Derecho Positivo, sino del Derecho en General.

Principios Generales del Derecho. Conjunto de criterios orientadores insertos expresa o tácitamente en todo sistema jurídico, cuyo objeto es dirigir e inspirar al legislador y al juzgador y suplir las deficiencias o ausencias de la Ley u otras fuentes formales. Estos principios son: igualdad, libertad y justicia.

Las siete fuentes formales del Derecho Romano

Según la clasificación que hace el jurisconsulto Gayo, las fuentes del derecho en Roma fueron seis: Las Leyes, Los Plebiscitos, Los Senadoconsultos, Las Constituciones Imperiales, Los Edictos y Las Respuestas de Los Prudentes. Omite La Costumbre porque en su época aquella se identificaba con el derecho civil o

derecho privado. De ahí que se considere que las fuentes del Derecho Romano sean siete y no seis como lo esboza Gayo.

En la actualidad

En la concepción moderna se tiene que las fuentes formales del derecho son: la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina jurídica, el acto jurídico y el acto corporativo y, la sentencia de tutela debidamente ejecutoriada.

- *La costumbre*

Es la primera fuente del Derecho en Roma y fundadora de las 12 tablas. Son los hechos arraigados con el tiempo; con la conformidad tacita de un pueblo. Era un derecho preferentemente no escrito, propio del quirite y como ya se indicó era estricto. La costumbre, junto con la jurisprudencia, se constituyó en la única fuente formal del derecho monárquico y durante unos sesenta años del republicano.

Costumbre es la observancia repetida, constante e inveterada (conciencia social) de una regla de conducta, efectuada por la generalidad de los miembros de un conglomerado social con la convicción de su obligatoriedad coercible y de su correspondencia con una necesidad socio-jurídica reconocida como tal por ese mismo conglomerado. (Inveterata consuetudo et opinio iuris sive necessitatis. Conducta inveterada que genera convicción de obligatoriedad coercible). En términos simples, costumbre es la repetición constante y uniforme de una norma de conducta, en el convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica. El antecedente de la costumbre es la voluntad popular espontáneamente expresada a través de cierto tiempo. No interviene en su elaboración la autoridad, ni está establecida en códigos o recopilaciones legales, pero puede,

sin embargo, redactarse y ordenarse, sin que por ello desaparezca su carácter no escrito.

Para que se dé el elemento objetivo o material de la costumbre deben existir cuatro requisitos:

- Una determinada conducta (uso, hábito, práctica).
- Reiteración de esa conducta por la generalidad de las personas que estén en posibilidad de observarla (consenso general).
- Reiteración de la conducta por un largo periodo de tiempo (costumbres de los antepasados, costumbre de vieja data, inveteradas, antiguas). El tiempo es el factor determinante.
- Reiteración del hábito de una manera constante, no interrumpida por la conducta contraria. Estos elementos son comunes al Derecho Romano y al actual.

La costumbre tiene dos elementos:

- Un elemento Objetivo que es el uso prolongado y constante
- Un elemento Subjetivo que es el convencimiento de que esa práctica me obliga jurídicamente.
- *La ley*

Es la manifestación de voluntad de un pueblo políticamente organizado y cuyos mandatos son obligatorios para todos. Por ley se entiende la norma escrita de carácter general emanada de un Parlamento. En la época de la república y en los inicios del principado, las leyes eran en Roma fundamentalmente populares, porque el pueblo las creaba votándolas en las asambleas, a propuesta del cónsul, pretor o dictador.

2.1.1.1.4 Jurisprudencia como fuente del derecho.

Dificultades para hegemonizar el marco conceptual de Jurisprudencia

A partir de Stammler la doctrina sobre las fuentes no había tenido hasta ahora grandes variaciones y se había ocupado tradicionalmente de las formas o expresiones jurídicas en las que se manifiesta el derecho. Hoy en día esta concepción se encuentra en crisis.

Son varias las razones que dificultan una concepción de las fuentes en sentido tradicional, entre ellas las siguientes:

- 1) La imposibilidad de elaborar una teoría general de las fuentes con la pretensión de validez en todos los ordenamientos jurídicos;
- 2) La dificultad para perder de vista que los modos de producción jurídica o fuentes son mecanismos sociológicos y políticos de legitimación del poder;
- 3) La diferencia entre las familias jurídicas que conceden a ciertas fuentes un lugar privilegiado; así en la familia romano germánica, la ley tenía una función fundamental, y en el Common Law , lo tiene el precedente;
- 4) La diversidad de teorías de las fuentes del derecho en los sistemas jurídicos orientales, tales como en el derecho hindú o en el derecho musulmán;
- 5) La existencia de posiciones jurídicas pluralistas que establecen fuentes diversas a las que se originan en los centros de producción jurídica del Estado;
- 6) La posición que en los sistemas jurídicos contemporáneos y democráticos tiene la Constitución, los principios y los valores jurídicos;
- 7) El rol que desempeña el modelo argumentativo del derecho;
- 8) La influencia de la globalización jurídica, vía la importancia creciente de los tratados y decisiones de autoridades supranacionales;

- 9) El fortalecimiento de los centros de emanación jurídica locales y regionales, y 10) el paso del Estado liberal de derecho centrado en la ley al Estado constitucional de derecho centrado en la Constitución.

2.1.1.2 Tribunal Constitucional

2.1.1.2.1 Origen del Tribunal Constitucional

Los orígenes de los Tribunales y Cortes Constitucionales se remontan a la Europa del siglo XX, rápidamente se expande a Asia, África y América y Latinoamérica, de esta procedencia se señala que el Tribunal Constitucional es consecuencia de la costumbre jurídica europea.

El estudioso Conde (2006) consideró que: “Que el Tribunal Constitucional tiene sus raíces jurídicas en las naciones de Checoslovaquia y Austria en 1920” (p. 89).

Entre los países latinoamericanos, fue el Perú en 1979, el primer que integró un Tribunal Constitucional a su sistema jurídico, y es Chile, en 1980 que añade a su sistema jurídico el tribunal constitucional. Existen algunos estudiosos jurídicos que mencionan que sus raíces jurídicas se remontan todavía al denominado jury constitutionnaire de Inmanuel Sieyés, quien en su etapa ya había fundamentado el nivel preferente de la Constitución en consideración a las demás fuentes del derecho, así como la forma de proteger su predominio a través de un órgano defensor.

En Latinoamérica, México, creó su Sala Constitucional en 1992; en El Salvador, se creó en 1982; en Costa Rica se creó en 1989 mediante la interposición de la sala Constitucional en la Corte Suprema; en Colombia, la Corte Constitucional se estableció en el año de 1991; en el año de 1992, Paraguay instauró su Sala Constitucional; de igual modo, Bolivia en 1994 (Baqueriso, 2007, p. 63). La expansión de los Tribunales

Constitucionales entre los países latinoamericanos con constituciones escritas en se dio paulatinamente, ya que en muchos países había corrientes en contra de ella, ya que se creía que era una “anomalía histórica”. En este sentido, Pérez señaló que el Tribunal Constitucional no se estableció en todos los países europeos, que ello se dio producto de la transición del paso de gobiernos liberales del siglo XIX a un gobierno democrático del siglo XX, casos como los países europeos como Austria, Alemania, Italia, Portugal y España y los países latinoamericanos como Venezuela en 1999, y Honduras en el 2001.

La razón por la que se considera que el tribunal Constitucional fue creado, se debe principalmente que fue una medida para limitar y reducir el poder del parlamento y paralelamente, la búsqueda de soluciones jurídicas a los problemas bélicos de la zona Europea, etc. (Barker, 2005, p.97)

En el Perú, la Constitución de 1979, dio origen al Tribunal Constitucional con el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), este tribunal tuvo un carácter totalmente diferente a la Europea, en nuestro país, el TGC fue concebido como una entidad que iba a poner coto a la incapacidad e inacción del Poder Judicial de entonces. Así se entiende de las intensas discusiones de la Asamblea Constituyente de 1978. En esta etapa de la vida republicana del país, se instaló un gobierno militar populista de 12 años, comandado y dirigido por el General Velasco Alvarado, periodo en el que se efectuaron una serie de atropellos contra la democracia.

Ante este contexto, era más que evidente la inoperancia judicial ante los constantes actos de atropellos a las instituciones civiles y los propios ciudadanos, ante este panorama surge la figura institucional del Tribunal independiente, que luche con independencia jurídica ante los actos constantes contra los derechos del ciudadano y las instituciones civiles.

Fue la creación de un organismo independiente y soberano, el objetivo principal de la Asamblea Constituyente de 1978, para ello se siguió el modelo español, a través de la práctica y experiencia vivida en el exilio del gran político y pensador peruano Javier Valle Riestra.

Barranco (2011): “El jurista nombrado tuvo la convicción de crear un dominio paralelo al poder judicial, una entidad no competente, que tuviera el dominio de la Constitución y la protección de los Derechos Humanos mediante de atribuciones específicas” (p. 125).

Las propuestas de Valle Riestra no fueron acogidas del todo, pero muchas de ellas sirvieron para que finalmente, la Asamblea Constituyente de 1978 aprobará la Constitución de 1979, creando el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya fase de validez abarcó entre el 19 de noviembre de 1982, fecha en que se produjo su instalación, hasta el 05 de abril de 1992, fecha en que se desarticuló como consecuencia del autogolpe del entonces presidente Fujimori. Instaurado el gobierno de facto en 1992, Alberto Fujimori impulsó la producción de una nueva carta magna, alcanzando la aprobación y posterior confirmación, vía referéndum, de la actual Constitución de 1993. En ella se ha conservado el espíritu del modelo de la Constitución de 1979, con algunas diferencias, como el cambio del nombre del Tribunal de Garantías Constitucionales por el de Tribunal Constitucional, la disminución del número de magistrados, y el incremento de atribuciones y dominios a este órgano de control.

2.1.1.2.2 Concepto

Podemos definir al Tribunal Constitucional, tomando las palabras de Héctor Fix- Zamudio, como “aquellos que con independencia de su encuadramiento, dentro o fuera del Poder

Judicial, deciden en última instancia sobre la interpretación definitiva de los principios, valores o normas fundamentales, adquiriendo tácitamente el carácter de órganos autónomos constitucionales con funciones jurídico-políticas” (Zagrebelsky, 2005. p.27).

García (1981):

A primera vista nos percatamos que una de las características fundamentales de todo Tribunal o Corte Constitucional es su cualidad de órgano autónomo constitucional y, aunque hoy en día no existe una uniformidad en el encuadramiento del Tribunal como un órgano constitucional autónomo en el sentido estricto, es decir, fuera de la estructura de cualquiera de los tres poderes clásicos del Estado, o bien como un órgano dentro del Poder Judicial, en la actualidad, aún considerándose su eminente función jurisdiccional, la cual lo acerca y vincula a las funciones propias del Poder Judicial, la tendencia doctrinal predominante es optar por colocarlo fuera de los tres sectores tradicionales de los órganos estatales (Uribe, 2008, pp.248-252), pues se considera que con dicha configuración se permite de mejor forma su autonomía funcional (Cano, 1999, p.441), es decir, se independiza claramente al Tribunal Constitucional no solamente de los otros poderes del Estado, sino también de la jurisdicción ordinaria ejercida por el Poder Judicial⁴, aún cuando todavía existen voces tan autorizadas como la de Héctor Fix- Zamudio en el sentido de que el encuadramiento del Tribunal Constitucional dentro del Poder Judicial, aunque ciertamente incide en su

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00023-2003-AI/TC, fundamento jurídico 31.

naturaleza, no lo hace de forma determinante puesto que en el fondo tienen funciones similares a las de los tribunales ordinarios⁵.

2.1.1.2.3 Finalidad del Tribunal Constitucional

Se considera que la creación del Tribunal Constitucional tiene por objetivo específico, el amparo de la defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de una nación.

En efecto, el objetivo fundamental de los Tribunales o Cortes Constitucionales es la defensa de la Constitución, pues una Constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los hechos inconstitucionales no es absolutamente imperativo; sin embargo, esta garantía de defensa de la Constitución no existe sino cuando el control de constitucionalidad lo desempeña un ente diferente e independiente (órgano constituido) de aquel que elaboro el principio constitucional (órgano constituyente).

Los Tribunales Constitucionales tienen como segunda finalidad, la defensa de los derechos fundamentales de la persona, no solo como consecuencia de la contemplación de derechos sociales, económicos, políticos y culturales, sino también como consecuencia del empleo de instrumentos jurídicos como los procesos constitucionales de amparo, habeas corpus y habeas data. A los considerados, añadir que el tribunal Constitucional tiene como misión vigilar y equilibrar el poder del Estado, función que la hace valer el título de verdadera institución defensora del régimen constitucional democrático de cada país.

2.1.1.2.4 Naturaleza del Tribunal Constitucional peruano

Existen varias teorías que consideran que la esencia del Tribunal Constitucional; unas consideran que es una institución rigurosamente judicial; otros consideran que, tiene una

⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 0024-2003-AI/TC y 3741- 2004-AA/TC.

propiedad de tinte político, legislativo, hasta el punto de considerarlo con esencia administradora.

En nuestro ordenamiento jurídico constitucional, desde su creación como Tribunal de Garantías Constitucionales con la Constitución de 1979, hasta el actual Tribunal Constitucional por la Constitución de 1993, esta institución ha ido evolucionando, adquiriendo propiedades, funciones y una estructura en su naturaleza.

En primera instancia, se la considera el principal órgano de control e interpretación de constitucionalidad, la cual cuenta con innumerables instrumentos de valores, principios y normas contenidos en la Constitución. En segunda instancia, es un ente autónomo e independiente, ya que la práctica de sus funciones y atribuciones son libres e independientes. En tercer lugar, se dice que el Tribunal Constitucional cumple un rol equilibrador de la práctica de funciones de las instituciones privadas y públicas, como consecuencia de ella ampara los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas. En cuarto lugar, cumple un rol integrador de los vacíos normativos, de acuerdo con el artículo 45 de la Constitución, por lo que adquiere además una función normativa. Y en quinto lugar, se señala que el Tribunal Constitucional cumple una función de mediador de las crisis sociales en el país. (Schwabe, 2003, p.19)

Para el tratadista Pérez, las características de los tribunales constitucionales con las siguientes:

1. Es una institución única, en el que se precisa el análisis definitivo y asociativo de la Constitución.
2. Es una institución jurisdiccional, aunque no incorporado en el Poder Judicial.

3. Su naturaleza jurisdiccional comprende esencialmente el control constitucional de las leyes.
4. Sus competencias complementarias van en el mismo camino: protección de los derechos fundamentales, protección de la división de poderes y protección de la distribución territorial del poder.

De las características mencionadas, se puede comprender que el rol del Tribunal Constitucional trasciende la función normativa que el artículo 204° de la Constitución le señala, ni del sistema jurídico-constitucional que lo norma; estos factores no son suficientes para entender y comprender el rol que ha tenido en el proceso histórico, social y político del país; por lo que conlleva a suponer que un análisis más preciso resultaría de ampliar su desempeño dentro de un Estado social de derecho.

En este sentido, si constatamos la Constitución peruana de 1993 comprendemos que el Tribunal Constitucional tiene una singular posición en la estructura constitucional de división y separación de poderes que lo sitúa como máximo vigilante e intérprete de la Constitución; sin embargo, sus propiedades y características no terminan en esta función, pues no solo es el guardián de las normas y los principios constitucionales, sino también de los derechos constitucionales de manera específica. Bajo este contexto, las propiedades es un tanto compleja, dado que tiene una dual propiedad jurídica: órgano constitucional y órgano jurisdiccional. Inclusive algunos autores le han dado un rol meramente de orden político.

2.1.1.2.4.1 El Tribunal Constitucional como órgano constitucional.

El doctrinario italiano Santi, estudioso y seguidor de los principios alemanes, señaló que las instituciones constitucionales son aquellas cuyas noemas y principios están

comprendidas al interior de la Constitución. Bajo este mismo enfoque se expresó Caballero (2000), quien consideró que los órganos constitucionales tienen especiales características, porque “son desarrollados de manera expresa por mandato constituyente en la Constitución; son entes técnicos altamente especializados; son independientes funcionalmente de los poderes del Estado” (p. 25); sus funcionarios son seleccionados y elegidos por las entidades públicas o privadas ; funcionarios que disfrutan de autonomía administrativa, normativa y presupuestal, básicamente; los funcionarios en el desarrollo de sus facultades disponen de prerrogativas e inmunidades para la determinación de sus funciones; establece con los poderes y gobiernos descentralizados relaciones de coordinación; y, son instituciones públicas con facultades de cobertura nacional”.

El estudioso Landa (2011) señaló que: “los entes constitucionales poseen una estructura que viene diseñada enteramente al interior de la Constitución” (p.69), y cuya identificación no solo se somete al ámbito de sus funciones o competencias, sino que en muchos casos los principios fundamentales determinan su estructura, composición y funciones, etc. Es decir, obtienen sus propiedades y atributos básicos de la propia Constitución, fundamentales para su condición y posición en el órgano constitucional. Pero pese a ello, esto no limita o quita que el legislador pueda observar o completar determinadas leyes o normas esenciales o complementarios, estos entes constitucionales están en la disposición de producir sus propios principios para regularse.

De lo señalado, podemos definir los siguientes componentes definitorios de los entes constitucionales:

- Son creados directamente por la Constitución.
- No responden a una división funcional de poderes.
- No están categorizados, es decir, no predominan unos a otros.

- Son emancipados unos de otros.
- Tienen competencias y funciones en el ámbito nacional.
- Tienen independencia de principios y independencia funcional.

El artículo 201 de la constitución de 1993 señala sobre del Tribunal Constitucional peruano, que el Tribunal es un ente constitucional, al cual le contempla autonomía e independencia. Esta conformada por siete miembros quienes son elegidos por un periodo de cinco años. Los requisitos para ser considerado como miembro del Tribunal Constitucional tienen los mismos requisitos que tiene un vocal de la Corte Suprema para ser elegido. Los elegidos para ser miembro del tribunal constitucional están revestidos de las mismas prerrogativas que tienen los congresistas. Les competen las mismas incompatibilidades. No existe reelección inmediata. Es el Congreso de la republica el encargado de elegir a los miembros del tribunal constitucional, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser designados magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación”.

El artículo 202, reconoce una serie de competencias al Tribunal Constitucional para:

1. Comprender, en arbitro único, la acción de inconstitucionalidad.
2. Comprender, en última y definitiva informe, las decisiones denegatorias de hábeas corpus, amparo, acción de cumplimiento y hábeas data.
3. Comprender las crisis de competencia, o de facultades concedidos por la Constitución, de acuerdo a ley”.

De las normas constitucionales citadas se puede ver que la Constitución le ha otorgado al Tribunal Constitucional la calidad de un órgano constitucional de especial importancia, pues a diferencia de otros órganos constitucionalidad, el Tribunal Constitucional es considerado como su supremo intérprete, no porque la Constitución así lo declare (ya que expresamente no lo hace), sino porque su configuración dentro del ordenamiento jurídico y las competencias que se le asignan, determinan que, aunque no sea el único que interprete y controle la Constitución, es el último.

Carpizo (2009), explica esta supremacía bajo la diferencia de órganos constituidos primarios y secundarios, señalando lo siguiente:

Los poderes constituidos creados por la Constitución son: el poder revisor de ésta y el tribunal constitucional, donde ellos existan, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos. No obstante, ellos no tienen la misma jerarquía constitucional. (...) Todos son constituidos porque se crean en la Constitución, pero los primarios gozan de una jerarquía superior respecto a los secundarios, debido a la naturaleza de sus funciones (...) en virtud de que pueden alterar su estructura, integración y funciones de los segundos, e incluso los pueden crear (...) El tribunal constitucional es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los poderes u órganos secundarios debido a que es quien controla la constitucionalidad de sus normas y actos. Si no gozara de jerarquía superior, el tribunal constitucional no podría revisar, declarar inválidos o anular los actos de los órganos secundarios. (p.88)

Por lo tanto, si bien el Tribunal Constitucional no es el único, si es el último para declarar la validez constitucional de las normas jurídicas, actos de gobierno o resoluciones

de los poderes del Estado y de los actos privados de los ciudadanos, lo que en modo alguno significa que estos actores queden subordinados frente al Tribunal Constitucional, pues lo que se requiere en un Estado Constitucional de Derecho es que exista un órgano de control especializado, que tenga la legitimidad formal de ejercer un poder constitucional para llevar a cabo el control constitucional. Este es el caso del Tribunal Constitucional peruano; por ello, la Constitución, se refiere al Tribunal como el órgano de control de la Constitución.

2.1.1.2.4.2 El Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional

Favoreu (1994) define al Tribunal Constitucional como “una competencia establecida para comprender únicamente y particularmente en razón de lo contencioso constitucional, apostada fuera del instrumento jurisdiccional corriente e libre, tanto de éste como de los mandos públicos” (p.35). En ese mismo sentido, Ferrer (2004) define al Tribunal Constitucional como el “órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental” (p.99).

De estas dos definiciones podemos ver a simple vista la naturaleza jurisdiccional que tiene el Tribunal Constitucional, sin embargo, como señala Trujillo (1987):

El hecho de que la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional sea de naturaleza jurisdiccional no quiere decir que el Tribunal Constitucional esté dentro del Poder Judicial, pues el Tribunal Constitucional es un Tribunal independiente de los demás órganos constitucionales, único en su orden, extendiendo su jurisdicción a todo el territorio nacional, estando sometido solamente a la Constitución y a su Ley Orgánica. (pp.107-119)

En efecto, si verificamos la Constitución peruana de 1993 veremos que el Tribunal Constitucional, pese a tener un carácter jurisdiccional, no se ubica dentro de la estructura y organización del Poder Judicial; sino que le reconoce un régimen constitucional propio. Esto responde, a la necesidad de otorgarle mayor autonomía e independencia en relación con el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y demás órganos constitucionales que son objeto de control.

Por lo tanto, el hecho que la Constitución peruana no haya comprendido al Tribunal Constitucional como un órgano integrante del Poder Judicial, ello no le priva de su naturaleza de órgano jurisdiccional, pues aun cuando el artículo 201° de la Constitución señala que el Tribunal es el órgano de control de la Constitución, no implica sólo la función constitucional de velar por la supremacía de la Constitución, sino también por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, por lo que su función de administrar justicia constitucional le viene atribuido cuando el artículo 202° de la Constitución le reconoce la competencia para conocer en instancia única los procesos de inconstitucionalidad; en última y definitiva instancia las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y la acción de cumplimiento; y, finalmente, los conflictos de competencia.

Por tanto, como órgano jurisdiccional, el Tribunal no sólo asume un control de constitucionalidad, sino también el respeto de los derechos fundamentales, precisando su contenido y estableciendo sus límites. Sin embargo, ello no significa que la justicia constitucional pueda considerarse como justicia análoga y paralela a la justicia ordinaria, pues como lo ha expresado el Tribunal Constitucional español, mediante los procesos constitucionales se ha “encomendado proteger los derechos fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o

desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas (...), aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución”.

Precisamente, el profesor colombiano Martínez (2013) enumera seis razones para afirmar el carácter jurisdiccional de los tribunales constitucionales:

1. La sujeción de su función a un método jurídico de interpretación,
2. El carácter reglado de la acción del tribunal constitucional en cuanto a la actividad de conocimiento jurídico y de oportunidad política,
3. Su actuación que opera sólo a instancia de parte,
4. La vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial y contradictorio,
5. Los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta la actividad jurisdiccional; y,
6. Su posición de tercero súper partes. (p.23)

2.1.1.2.4.3 El Tribunal Constitucional como órgano político

Autores como Landa (2000), señala que, “al carácter de órgano constitucional y jurisdiccional del Tribunal Constitucional, se suma su carácter de órgano político en tanto vocero del poder constituyente” (p.173). Es decir, la naturaleza política del Tribunal Constitucional está determinado por dos razones: i) porque sus decisiones pueden tener

efectos políticos; y, ii) porque cabe la posibilidad de someter a control constitucional las cuestiones políticas –political questions–. Sin embargo, se señala también que esta naturaleza del Tribunal Constitucional se hace patente en sistemas democráticos débiles, donde las clásicas instituciones democráticas del Estado –Poder Ejecutivo, Congreso de la República y Poder Judicial– carecen de representatividad y se encuentran sumidas en una crisis de legitimidad democrática, permitiendo consolidar el peso político del Tribunal Constitucional al asumir un rol de poder moderador, más que de un cuarto poder, en las relaciones y conflictos entre los poderes del Estado. (Simón, 1996, p.839)

Con una postura similar, Santiago señala que los órganos de control de la constitucionalidad “ejercen poder político ya que hacen prevalecer su decisión sobre lo dispuesto por el Poder Ejecutivo o Legislativo” y que la imposición “frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política”.

Cabe recordar que el origen del Tribunal Constitucional en el Perú se debe al fracaso del Poder Judicial para impartir justicia constitucional; pero, esta realidad histórica que legitimó la necesidad de la justicia constitucional autónoma e independiente; a su vez se encuentra legitimada por su ejercicio, en la medida que al ejercer el control constitucional ha puesto en evidencia la falta de credibilidad ciudadana del Parlamento y del Poder Ejecutivo; por cuanto ante la crisis de representatividad de las instancias políticas para la toma de decisiones constitucionales sobre los asuntos de Estado, las minorías políticas y sociales trasladan de la sede política a la sede judicial constitucional, la resolución de los litigios políticos.

Para muchos el Tribunal Constitucional, es un órgano jurisdiccional que se diferencia de la actividad del Poder Judicial, por cuanto la jurisdicción constitucional entra dentro del dominio de lo político. En esa línea Leibhojz (1979) señalaba que “Que a través

del desarrollo de un proceso constitucional, ésta guarda una estrecha relación política con la lucha de poder” (p.44). Por ello, se señala que muchas de las sentencias constitucionales tienen, en determinadas circunstancias, un extraordinario impacto en el juego político del Estado y la nación.

2.1.1.2.5 El Estatuto Jurídico del Tribunal Constitucional

La organización e integración del Tribunal Constitucional se encuentra recogida no sólo en la Constitución Política del Estado, sino en el Reglamento Normativo del Tribunal, que da cuenta de su composición, estructura, funcionamiento y atribuciones, las mismas que serán desarrolladas en las siguientes líneas.

a. Magistrados

Los operadores jurisdiccionales de los Tribunales Constitucionales son sus magistrados, por ello, determinar quiénes los nombran, cuál debe ser su perfil y formación jurídica, son aspectos medulares para la adecuada concreción de la justicia constitucional. Esta es la razón por la que la labor jurídica realizada por el Tribunal Constitucional requiere que los magistrados que la integren tengan una especial legitimidad que se verá reflejada en dos aspectos: su preparación jurídica especializada y, su nombramiento por órganos representativos del poder político. Bajo esa misma línea Carpizo señala que, por la especial trascendencia del Tribunal Constitucional, hay dos temas muy importantes por tratar: el perfil del magistrado constitucional y, el procedimiento para su elección o designación.

Respecto al primer punto, tenemos que los magistrados que integran los tribunales o cortes constitucionales deben ser juristas destacados que cuenten con cierta experiencia para ejercer cabalmente el cargo encomendado; sin embargo, vemos que en muchas ocasiones los magistrados que integran el Tribunal Constitucional no son juristas ni

especialistas en cuestiones constitucionales, sino que lograron su nombramiento como producto de las negociaciones entre los partidos políticos.

En cuanto al segundo punto, tenemos que los magistrados constitucionales casi siempre son escogidos y nombrados por las asambleas parlamentarias, por el Presidente de la República, por los Jueces Supremos, o por un órgano determinado.

Por lo tanto, a fin de lograr la independencia del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y de dotar de imparcialidad a los magistrados que lo integran, es necesario que nuestro ordenamiento jurídico establezca determinados requisitos y exigencias que tengan por finalidad contar con magistrados que cuenten con una formación y experiencia jurídica sólida en materia constitucional, a fin de evitar la intromisión en su labor jurisdiccional y la politización en sus fallos. Ello será posible únicamente a través de un sistema de selección adecuado, que permita establecer los requisitos para ser nombrado magistrado del Tribunal Constitucional, las incompatibilidades, la duración del cargo, las posibilidades de reelección, el régimen de inmunidades y de prerrogativas, entre otros.

b. Composición del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional está compuesto por un Pleno integrado por los 7 magistrados con competencias especiales y presidido por el Presidente del Tribunal Constitucional, y por dos Salas integradas por 3 magistrados cada una, con iguales competencias.

b.1. El Pleno

El Pleno del Tribunal Constitucional es el máximo órgano de deliberación y decisión del colegiado, está compuesto por los siete magistrados, pero puede sesionar con el quórum de cinco magistrados. El Pleno cumple con la función constitucional de impartir justicia

constitucional, a través de las audiencias públicas, las sesiones del Pleno jurisdiccional y administrativo del colegiado.

b.1.1 Audiencia pública del Pleno Jurisdiccional

La audiencia pública es el acto procesal mediante el cual los magistrados escuchan a las partes y a los abogados que, oportunamente, solicitaron informar sobre los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes. Su inicio, desarrollo y conclusión se encuentran regulados en los artículos 33 a 35 del Reglamento Normativo.

b.1.1.1 Tipos de sesiones

De acuerdo al tema a tratar, las sesiones pueden ser:

b.1.1.1.1) Sesiones Jurisdiccionales del Pleno

Se encuentra regulado en el artículo 40 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Tiene por finalidad discutir las causas puestas a voto. El Pleno queda constituido con el quórum establecido en el artículo 5 de la LOTC vale decir, con la presencia de 5 magistrados.

b.1.2) Sesiones administrativas del Pleno

Se encuentran regulados en el artículo 42 del Reglamento Normativo. Los temas a tratar en estas sesiones están regulados en el artículo 28 del Reglamento Normativo, éstas son las siguientes:

1. Aprobar la jornada y el horario de trabajo del personal;
2. Designar y remover al Secretario General y al Secretario Relator;
3. Designar y remover al Director General de Administración;
4. Designar y remover al Jefe de la Oficina de Asesoría Legal;
5. Acordar, a propuesta del Presidente, de acuerdo con las normas presupuestales, la contratación de los asesores jurisdiccionales;

6. Acordar la separación de los asesores jurisdiccionales en los casos establecidos en este Reglamento;
7. Investigar las infracciones de los Magistrados a la Constitución, a su Ley Orgánica o a su Reglamento, e imponer las sanciones respectivas;
8. Tramitar y resolver los impedimentos y acusaciones de los Magistrados;
9. Conceder licencia a los Magistrados, en los términos de la ley;
10. Aprobar el anteproyecto del Plan de Trabajo y del presupuesto del Tribunal Constitucional, presentados por el Presidente;
11. Adoptar las reglas para el estudio de los asuntos sometidos a su conocimiento y elaborar los programas de trabajo;
12. Decidir sobre la periodicidad de las audiencias públicas y fijar su fecha, hora y lugar;
13. Estudiar y aprobar las iniciativas de proyectos de ley que puede presentar el Tribunal Constitucional, según el artículo 107 de la Constitución;
14. Aprobar, interpretar y modificar el presente Reglamento; y,
15. Adoptar las medidas administrativas para el funcionamiento del Tribunal.

b.1.3.) Sesiones ordinarias y extraordinarias del Pleno

Las sesiones ordinarias son aquellas que tienen lugar regularmente y que son convocadas por el Presidente del Tribunal Constitucional. En cambio, las sesiones extraordinarias son convocadas por tres magistrados, lo cual procede siempre que lo hicieren con 24 horas de anticipación y con la agenda a tratar. Asimismo, excepcionalmente, puede haber sesiones extraordinarias en días no laborables, cuando las circunstancias especiales así lo exijan, a convocatoria de los magistrados o del Presidente.

b.2 Las Salas

El Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 5 de su Ley Orgánica, en concordancia con lo establecido en el artículo 11 de su Reglamento Normativo, se organiza en 2 Salas, con 3 miembros cada una. Según lo establecido en el artículo 11 del Reglamento Normativo, corresponde a una de las salas calificar la procedencia de las causas que llegan al Tribunal. Asimismo, corresponde a cada Sala resolver sobre el fondo del asunto en última y definitiva instancia.

c. Funcionamiento del Tribunal Constitucional

c.1. Sede

De acuerdo al artículo 1 de la LOTC, el Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa, sede que todavía fue establecida en la Constitución de 1979 y ratificada en la Constitución de 1993. Sin embargo, en la práctica no se cumple este mandato, pues el propio TC estableció que podía tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República. Es así que el TC, en atención a que la mayor parte de la carga procesal proviene de la ciudad de Lima, ha dispuesto en el artículo 3 de su Reglamento Administrativo, que las oficinas administrativas funcionen en la ciudad de Lima. No obstante, la realidad muestra que no sólo las oficinas administrativas funcionan en la ciudad capital, sino que además es en esta ciudad capital donde el Tribunal Constitucional ejerce la función jurisdiccional la mayor parte del tiempo.

Es por esta razón que a lo largo de estos años en los que el Tribunal Constitucional ha venido laborando en Lima, se han promovido 2 acciones constitucionales. La primera, una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la LOTC que resuelta por el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC N° 0013-2010-PITC, declarando infundada dicha demanda. En esta sentencia el Tribunal Constitucional señaló que el mencionado

artículo era constitucional; pero, siempre que se interprete que “puede sesionar tanto en su sede de Arequipa, como en la sede de Lima (...) también puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”.

La segunda fue una acción de cumplimiento promovida por el Colegio de Abogados de Arequipa contra el Tribunal Constitucional, a fin de que cumpla con el artículo 1 de la LOTC. Esta demanda fue declarada fundada por los jueces constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que conocieron el proceso en primera y segunda instancia (Expediente N° 2008-07193); sin embargo, dicho fallo carecen de efectos jurídicos, dada la sentencia de inconstitucionalidad mencionada precedentemente.

c.2 Recursos impugnatorios y pedidos ante esta sede.

a) Recurso de agravio constitucional

De conformidad con el artículo 201 inciso 1 de la Constitución y el artículo 18° del Código Procesal Constitucional, el recurso de agravio constitucional (RAC) es aquel medio impugnatorio de carácter extraordinario que procede contra la resolución desestimatoria de segundo grado expedida por el Poder Judicial en los procesos constitucionales de la libertad (amparo, habeas corpus, cumplimiento y habeas data).

De lo señalado se advierte que el RAC fue concebido como un medio impugnatorio que procedía únicamente contra resoluciones desestimatorias; sin embargo, este recurso ha sufrido una serie de innovaciones. Es así que el Tribunal Constitucional a través de la jurisprudencia y haciendo uso del principio de autonomía procesal, ha habilitado una serie de supuestos para la procedencia del RAC contra resoluciones estimatorias. Veamos sucintamente estas variantes o supuestos:

- i) El RAC ordinario: Se presenta en aquellos supuestos donde la resolución impugnada no es desestimatoria, pero al modular sus efectos, se encuentra justificada su procedencia, por ejemplo:
1. Cuando se ha producido la sustracción de la materia, por irreparabilidad o cese de la vulneración del derecho. Algunos ejemplos al respecto los encontramos en las STC Nros. 3421-2005-PHC/TC (Caso Nicke Nelson Domínguez Baylón), 4171-2008-PHC/TC (Caso David Juan Arakaki Mendoza), 752-2011-PA/TC (Caso Carmen Angélica Hidalgo Romero y otra), y 5461-2011-PA/TC (Caso Tomás Manuel Acero Rosales);
 2. Cuando los efectos de la sentencia estimatoria resulten inapropiados para la tutela efectiva del derecho vulnerado, debido a que el mandato de restitución del derecho resulta inadecuado para su pleno ejercicio, ya sea porque carece de un mandato claro, porque contiene fórmulas condicionantes para su ejecución o porque resulta en sí misma incongruente con la restitución del derecho que se pretenda tutelar. Un ejemplo de este supuesto es la STC N° 3090-2009-PA/TC (Caso Julia Elena Madueño Nuñunero);
 3. Cuando se han deducido excepciones, y éstas han sido indebidamente resueltas, imposibilitando conocer el tema de fondo. Como ejemplos tenemos las STC Nros. 595-2010-PA/TC (Caso Ana Elizabeth Castillo Sánchez), 4485-2011-PA/TC (Caso Rosa Milagros Correa Grozo), 4475-2011-PA/TC (Caso Amparito Chávez Álvarez), 2680-2011-PA/TC (Caso Rodrigo y Asociados S.A.C.), 1592-2012-PA/TC (Caso Arturo José Belaúnde Guzmán), y 638-2012-PA/TC (Caso Ciro Basiano Quispe Borda);

4. Cuando se hace necesario ordenar el pago de pretensiones accesorias vinculadas a la protección eficaz del derecho constitucional discutido. Un ejemplo al respecto es la STC N° 5430-2006-PA/TC que ha establecido que en materia pensionaria resulta necesario ordenar el pago de los devengados y de los respectivos intereses para la tutela eficaz del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, incluso si estas pretensiones accesorias no han sido invocadas en la demanda; y,
 5. Cuando se presentan vicios procesal en el proceso que han afectado directamente en la decisión. Como ejemplos tenemos las siguientes sentencias: RTC 4640-2011-PHC/TC, RTC 1543-2012-PA/TC, RTC 1704-2012-PHC/TC, RTC 27-2012-PHC/TC, RTC 3945-2011-PA/TC, entre otras.
- ii) El RAC excepcional: Se presenta en aquellos supuestos donde se pretende otorgar tutela efectiva a un derecho fundamental que ya fue tutelado en una sentencia anterior recaída en un proceso constitucional. Se presenta principalmente en la etapa de ejecución de sentencia. Dentro de estos supuestos excepcionales encontramos los siguientes:
1. El RAC a favor del cumplimiento o de la ejecución de las sentencias de Tribunal Constitucional o también denominado como recurso de apelación por salto, establecido en la RTC N° 168-2007-Q/TC (caso Banco Continental), modificada a través de la STC N° 0004-2009-PA/TC (caso Roberto Allca Atachahua), y en la STC N° 02813-2007-PA/TC (caso Julia Eleyza Arellano Serquén);
 2. El RAC a favor de la ejecución de las sentencias del Poder Judicial, recogido en la RTC N° 201-2007-Q/TC (caso Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno);

3. El RAC a favor del orden constitucional, llamado también el RAC a favor del artículo 8 de la Constitución, vinculado a procesos penales sobre tráfico ilícito, de drogas y/o lavado de activos; recogido en las STC Nros. 02663-2009-PHC/TC (caso Edwin Walter Martínez Moreno), y 02748-2010-PHC/TC (caso Alexander Mosquera Izquierdo);
4. El RAC ante pedidos de represión de actos homogéneos, establecido en las STC Nros. 4878-2008-PA/TC (caso Viuda de Mariátegui) y 5287-2008-PA/TC (caso Mario Lovón Ruíz-Caro); y,
5. El RAC frente al incumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional, recogido en la RTC N° 322-2011-Q/TC (caso PUCP).

Mención aparte merece el RAC a favor del precedente vinculante, establecida en la STC N° 4853-2004-PA/TC (caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad), pues fue éste el primer RAC excepcional que el Tribunal Constitucional creó; sin embargo, tuvo poca duración, pues fue dejado sin efecto mediante la STC N° 3908-2007-PA/TC (caso PROVIAS).

b) Recurso de queja

Los artículos 19 del Código Procesal Constitucional y 54 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional estipulan que contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional procede recurso de queja, éste se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de 5 días siguientes a la notificación de la denegatoria.

Esta resolución la dicta una de las Salas, que es la que conocerá el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad.

Si bien el artículo 54 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional es taxativo en el sentido que cualquier justiciable podría interponer un recurso de queja por denegatoria del RAC; también es cierto que el quejoso sin mayor sustentación puede invocar la denegatoria en temas que no tienen relevancia constitucional. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha venido regulando en qué casos sustantivos se debería interponer un recurso de queja, para que el examen de la forma por la forma no se constituya en un abuso del derecho, como se analiza más adelante.

El artículo 54 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional también señala que al escrito que contiene el recurso de queja debe cumplir ciertos requisitos, similares a los regulados para el recurso de queja en materia civil. Estos requisitos son: que el recurso se encuentre debidamente fundamentado, y que se anexe copia de la resolución recurrida, del recurso de agravio constitucional, del auto denegatorio del mismo y de las respectivas cédulas de notificación, debidamente certificadas por el abogado, salvo el caso del proceso de hábeas corpus que no requiere de tales formalidades.

De acuerdo al artículo 55 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el recurso de queja se resuelve por cualquiera de las Salas dentro de los diez días de recibido, sin trámite previo. Si la Sala declara fundada la queja, conoce también del recurso de agravio constitucional, ordenando al Juez respectivo el envío del expediente, dentro del tercer día, bajo responsabilidad. En consecuencia, las Salas son competentes para la resolución del recurso de queja interpuesto, pero extraordinariamente puede ser objeto de pronunciamiento del Pleno, cuando la razón de su admisión se refiera al incumplimiento de una resolución de una de sus Salas del Tribunal Constitucional o con mayor razón del Pleno del propio Tribunal.

Producida la queja, se forma un cuaderno separado que se mantendrá en el Archivo del Tribunal, agregándose el original de la resolución que resuelve la queja, la constancia de la fecha de comunicación a la respectiva Sala y de la notificación a las partes, de conformidad con el artículo 55 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

c) Recurso de reposición

Este recurso únicamente procede contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, y debe interponerse ante el propio Tribunal en el plazo de tres días a contar desde su notificación. Se resuelve en los dos días siguientes.

d) Pedidos de aclaración y corrección

Aunque no se trate propiamente de recursos impugnatorios, sino de remedios, la aclaración y la corrección son pedidos que pueden ser formulados ante el Tribunal Constitucional. Así lo ha establecido el artículo 121 del Código Procesal Constitucional cuando señala que: “...en el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido. Estas resoluciones deben expedirse, sin más trámite, al segundo día de formulada la petición...”.

c.3 La imposibilidad de impugnar las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional dentro de la jurisdicción interna, y la facultad del Tribunal de declarar la nulidad de sus propias resoluciones.

Dos son las razones por las que una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional no es cuestionada en nuestro país. La primera se encuentra en la disposición contenida en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, que señala expresamente que: “Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna”. La segunda, en la

causal de improcedencia prevista en el precedente vinculante de la sentencia recaída en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC, consistente en que en “ningún caso puede ser objeto de una demanda de amparo contra amparo las resoluciones del Tribunal Constitucional”.

Sin embargo, en los últimos años el Tribunal Constitucional ha emitido algunas resoluciones a través de las cuales se aparta de estas dos razones, como consecuencia de la existencia de un vicio procesal relevante. Nos referimos en primer término a la resolución dictada en el Expediente N° 6348-2008-PA/TC de 02 de agosto de 2010, derivada de una demanda de amparo contra resolución judicial que fue declarada improcedente por sentencia de primera instancia dictada por una Sala Superior del Poder Judicial y confirmada por la Corte Suprema, sin embargo, cuando el expediente fue elevado al Tribunal Constitucional, éste, declarando nulo todo lo actuado en el proceso de amparo, ordenando que se admita la demanda, bajo la premisa errada de que las instancias inferiores habían declarado improcedente liminarmente la demanda, esto es, al momento de calificarla; razón por la cual, al bajar el expediente a la Sala Superior, ésta procedió a elevar en consulta dicha resolución al propio Tribunal Constitucional, sosteniendo que existía una contradicción entre lo resuelto y lo actuado en el proceso, al haberse ordenado admitir a trámite la demanda cuando de lo actuado en el proceso se advertía que ya se había admitió la demanda. Advertido el Tribunal Constitucional de que la demanda no había sido rechazada liminarmente, hizo uso de su potestad nulificante recogida en la parte final del artículo 176° del Código Procesal Civil, y declaró nula su propia resolución, ordenando que se señalara nueva fecha para la vista de la causa y posterior pronunciamiento de fondo. El argumento central de la declaración de nulidad de oficio, fue que el vicio cometido era insubsanable, pues de acuerdo al estado del proceso correspondía

pronunciarse sobre el fondo de la pretensión constitucional, por lo que su primer pronunciamiento afectaba la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Como se puede advertir en el citado caso, el Tribunal Constitucional hizo uso de su facultad nulificante para declarar nula su propia resolución, al haber incurrido en un vicio que retardaba la tramitación de un proceso de amparo que merecía un pronunciamiento de fondo por parte de dicha instancia suprema, todo lo cual desnaturalizada la finalidad de los procesos constitucionales, que exige la tutela urgente de derechos fundamentales.

Otro caso a través del cual el Tribunal Constitucional deja sin efecto su propia decisión, es la sentencia dictada en el Expediente N° 3569-2010-PA/TC de 15 de abril de 2011, a través de la cual el máximo intérprete de la Constitución declara por primera vez, fundada una demanda de amparo interpuesta contra una sentencia dictada por dicho órgano en un primer proceso de amparo, algo que, como se ha señalado líneas arriba, no se encontraba permitido, pues el propio Tribunal Constitucional, en uso del principio de autonomía procesal, estableció como regla procesal, la improcedencia de las demandas de amparo contra decisiones emanadas de dicho Tribunal. Sin embargo, en el citado caso, el Tribunal Constitucional se apartó de dicha regla al considerar que existían circunstancias objetivas que justificaban que, por excepción, dicha causal de improcedencia no fuera aplicada. Dichas circunstancias fueron que el demandante del segundo proceso de amparo no participó como parte o tercero en el primer proceso de amparo, debido a que no fue emplazado con la demanda ni denunciado civilmente por las partes demandadas.

A diferencia del caso anterior, en este caso, el Tribunal Constitucional decidió declarar fundada la demanda, precisando los efectos de la sentencia dictada en el primer proceso de amparo, sin declararla nula, con lo cual solucionó la controversia sin necesidad de establecer un amparo excepcional que pudiera resultar peligroso, si se tiene en cuenta

que el Tribunal Constitucional es considerado el órgano de clausura en materia de control en sede interna.

2.1.1.3 Jurisprudencia Tribunal Constitucional

2.1.1.3.1 Concepto

Este concepto alude a aquella pléyade de principios, criterios y doctrinas que se encuentran insertas en las sentencias expedidas por los tribunales constitucionales u órganos de la justicia ordinaria con facultades para defender la vigencia plena de la superlegalidad, jerarquía, alcance, contenido y cabal cumplimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento nacional y como norma garantizadora de los derechos fundamentales de la persona.

De manera estricta hace referencia al conjunto de sentencias que de manera reiterada y uniforme imponen un determinado criterio de interpretación o aplicación de una norma en un caso concreto que ostenta relevancia o relieve constitucional.

En ese sentido, Coripuna (2007):

- La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial. En estudios al precedente vinculante (p. 107).
- Expone que se trata del “conjunto de criterios y orientaciones que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales han sido establecidas en las resoluciones tanto del Tribunal Constitucional, como de las máximas instancias del Poder Judicial, para la aplicación e interpretación de la Constitución, ya sea en el control normativo, en la tutela de derechos o en los conflictos de competencias y de atribuciones”.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el caso José Claver Nina-Quispe Hernández:

- Expediente N° 0047-2004-AI/TC □ señaló que la jurisprudencia es fuente el derecho para la solución de los casos concretos dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente.

La jurisprudencia constitucional contribuye a clarificar y delimitar los principios que configuran la unidad política, por lo cual forja la normativización de los valores en que se sustenta la estructura, organización y funcionamiento del Estado, amén de promover la fijación de topes y directivas para la acción estatal; y coadyuva en la determinación precisa y específica de las competencias de los órganos constitucionales y del sistema de relación existente entre ellos. Finalmente, expone los alcances y contenidos de los derechos y deberes constitucionales.

La creación jurisdiccional del derecho constitucional – vía la expedición de sentencias que conforman la jurisprudencia constitucional – perfecciona, matiza e incluso hace flexible el orden jurídico en su conjunto. Es el instrumento por el cual los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa de la constitucionalidad dejan testimonio de su labor de “guardianía”.

2.1.1.3.2 Funciones

La jurisprudencia como fuente del derecho constitucional cumple las funciones Sigüientes:

- a) Garantiza la supremacía normativa de la Constitución.
- b) Coadyuva a la formación y aplicación correcta y concreta de los valores, principios, prácticas y normas constitucionales.

- c) Interpreta y declara el sentido de la constitucionalidad, de conformidad con los retos del tiempo.

En atención a lo establecido en la parte in fine del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces están obligados a interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos de conformidad con la jurisprudencia vinculante que emita el Tribunal Constitucional

2.1.1.3.3 Elementos.

Por tales motivos, es que suscribimos que, dada la posición del Tribunal Constitucional en la defensa del orden constitucional, es necesario identificar en su composición algunos elementos de impostergable atención. Tales como lo refieren los principios de hoy, entre ellas podemos señalar la competencia, la inamovilidad, la libertad, la incompatibilidad, la definitividad y la irrecusabilidad. (Uribe, 2008, p.245)

En esta línea argumentativa, la independencia será aquella que se instituye respecto de los demás órganos del Estado, debiéndose entender como la más absoluta de la reserva de los poderes del Estado frente al desempeño de los integrantes del Tribunal Constitucional; esto permitirá ejercer a plenitud todas y cada una de sus atribuciones sin consultar a nadie ni órgano alguno sobre la intensidad y sentido de sus determinaciones. Recuérdese que la independencia en la labor jurisdiccional es concebida “como la ausencia de vínculos de sujeción o de imposición de directivas políticas por parte del Ejecutivo o el Legislativo, así como la imposibilidad de intromisión de los órganos intrainstitucionales superiormente jerárquicos tendientes a orientar o corregir la actuación jurisdiccional del juez competente de una causa, en tanto no se haya agotado la instancia o se haya presentado un recurso impugnativo”.

Es oportuno mencionar que el principio de independencia ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia con relación a las labores del órgano judicial. Se ha precisado que la independencia judicial debe ser percibida como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

En esta orientación, se asume que el principio de independencia judicial debe entenderse desde tres perspectivas:

- a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes.
- b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción.
- c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia. Cabe precisar que en este ámbito radica uno de los mayores males de la justicia ordinaria nacional, en gran medida por la falta de convicción y energía para hacer cumplir la garantía de independencia que desde la primera Constitución republicana se consagra y reconoce.

Como es natural, en la medida que el Tribunal Constitucional ejerce labor jurisdiccional, los alcances mencionados y desarrollados por su propia doctrina jurisprudencial, le resultan plenamente aplicables, situación que, por supuesto, debe ser

atendida al momento de configurar los elementos esenciales para determinar la composición del colegiado constitucional.

En otro extremo, el elemento capacidad es aquella particularidad que se refiere a poder afianzar su alta calidad técnico-jurídica en el conocimiento y resolución de los asuntos sometidos a su consideración; de aquí que se llame la atención a los órganos encargados del nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional a actuar con la más delicada prudencia, distinguiendo a los magistrados de los demás profesionales que formarán parte del aparato técnico de apoyo a las tareas de este colegiado, ubicando en prioridad valores en los candidatos como honestidad, experiencia, labor académica, entre otros, que garanticen la acogida de los juristas más capaces para encargarles una tarea de la mayor repercusión.

Por otro lado, la inamovilidad, que no tiene que ver con el fuero de que gozan otros funcionarios públicos (que en algunos casos se vuelve impunidad), apunta a establecer expresamente las causales de separación o suspensión o separación. La primera, que es temporal, debiera proceder para que puedan atender casos de demandas en su contra, mientras que la segunda atenderá casos de gravedad para la continuación en el ejercicio de la función, como los casos de delitos mayores, embates a las instituciones democráticas, traición a la patria y otros de similar trascendencia. La incompatibilidad prioriza la idea de que la especialización en el ejercicio funcional de los miembros del Tribunal Constitucional, hace necesario que quien labore en él, se vea limitado de desempeñar otro empleo en cualquier otro órgano del aparato estatal. De esto, se acepta que a los magistrados solo se les debe permitir ejercer labores de naturaleza académica (ejercicio docente), siempre que no entorpezcan su labor regular en el colegiado. En este sentido, existirán, con mayor razón, algunas actividades naturalmente incompatibles como el

ejercicio libre de la profesión, la militancia política, los cargos de dirigencia en organizaciones políticas o asociaciones religiosas.

Por su lado, la irrecusabilidad, que es imprescindible para el normal desempeño de las funciones de los miembros del Tribunal Constitucional (conocimiento y resolución de las causas sometidas a su juicio), no es impedimento para que se permita excusarse a aquellos magistrados que adviertan algún impedimento para resolver cualquier asunto en el que intervengan, ello a fin de no entremezclar intereses particulares. Como es razonable, la excusa deberá ser aprobada por los demás miembros, y en el caso de no producirse la excusa pese a existir el impedimento expreso, se considera que debe ser motivo para que opere una separación definitiva.

Finalmente, la definitividad está vinculada con la calidad de las resoluciones que emite el Tribunal Constitucional, característica que se encuentra directamente relacionada con la independencia, pues como se sabe: donde no hay definitividad la autoridad carece de firmeza. Es necesario que las decisiones del colegiado constitucional tengan la condición de inapelables, por esto es que resulta razonable entender que los asuntos trasladados a su esfera formen parte de un catálogo en el que no tengan cabida cuestiones de interés secundario o que puedan ser legítimamente atendidas y resueltas por los tribunales pertenecientes a la jurisdicción ordinaria.

Esta característica es ampliamente conducente a garantizar el propio Estado Constitucional de Derecho, pues solo considerando a la Constitución como norma directamente aplicable y prevalente sobre las demás, se habilita que su defensor supremo y exclusivo para tales efectos, cuente con la atribución de emitir resoluciones irrevisables, permitir lo contrario, sería desconocer la propia autoridad de la Constitución (que ha sido debidamente interpretada). Sobre este punto, es pertinente recordar, tal como lo ha

establecido el mismo Tribunal Constitucional⁶, que en el desarrollo de su trabajo se incluye una labor de autocontrol (lo que en el derecho anglosajón se conoce como el self restraint) que ejerce sobre sus precedentes. Al no tener superior que revise sus fallos por ser última o única instancia, debe de autocontrolarse a sí mismo a fin de ser coherente en la defensa de los derechos fundamentales y en el respeto a los principios esenciales de la Constitución. Entre los mecanismos de autocontrol se encuentran el principio de stare decisis, el leading case y el overruling. El primero corresponde a la doctrina jurisprudencial contenido en la decisión del más alto tribunal de un país que al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio tribunal supremo y para todos los órganos jurisprudenciales inferiores, tendrá esta condición siempre que no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo (la debida motivación constituirá el autocontrol). El segundo (leading case) corresponde al caso a partir del cual se fija el precedente vinculante, es decir, el caso que será el primer precedente en una materia y que orientará a los demás (el control se refleja en la consideración de los elementos que definen al caso base, los que determinarán el factor similitud con los casos posteriores). El tercero (overruling) corresponde a aquella oportunidad en que el tribunal decide de modo expreso dejar sin efecto un específico precedente vinculante, en razón de ser sustituido por uno nuevo; para estos fines (quiebre de un precedente vinculante) es obligatorio establecer las razones del cambio (el control se impone en la debida motivación).

⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 0024-2003-AI/TC y 3741-2004-AA/TC.

2.1.3.4 La labor de interpretación del Tribunal Constitucional.

Un asunto de relevancia al momento de estructurar el sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, es apreciar que el poder jurisdiccional de aquellos es considerablemente mayor al de cualquier otro órgano que puede declarar el derecho. Ciertamente, es conocido que el colegiado constitucional ejecuta una labor de interpretación de la Constitución, la que además tendrá carácter vinculante. Este trabajo interpretativo no solo exige una capacidad especializada sino además del más alto cuidado, pues se trata de establecer los alcances de la norma constitucional que no están puntualizados de forma expresa. Bajo tal precisión, es imperioso contar con magistrados con conciencia de la trascendencia de la labor interpretativa, más todavía, con el compromiso de respetar los límites a esta actividad.

Es tal la importancia de la presencia y el resguardo de la labor del Tribunal Constitucional en un Estado que lo ha acogido en su regulación, que la doctrina en su generalidad acepta que su función reside en la concreción de la Constitución mediante su interpretación. De este modo, su tarea se desarrolla no solo en el campo del conocimiento del derecho, sino también en el de su creación, lo que se refleja en que en el centro de su jurisprudencia se encuentra la protección de los derechos fundamentales. Así las cosas, el Tribunal Constitucional determina las diferentes funciones de un derecho fundamental y le da siempre prevalencia a aquella interpretación que despliega en forma más fuerte la efectividad jurídica de la respectiva norma” (Achwabe, 2003, p.19). Por tanto, no le falta razón a García de Enterría cuando refiere que: “(...) una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en interpretación que en ese momento le conviene”.

Considerando el alto valor del trabajo interpretativo que realiza el Tribunal Constitucional se afirma que frente a la jurisdicción ordinaria, se caracteriza porque sus actos pueden tener efectos generales. Es decir, en los hechos su trabajo decisorio puede tener un nivel mayor de vinculatoriedad frente a la regla tradicional de los sistemas jurídicos romano-germánicos donde los jueces no disponen de tal posibilidad, lo que en palabras del código justiniano se resume en el *non exemplis sed legibus iudicandum est*” (López, 1981, p.1437). En efecto, y tal como lo ha determinado en su jurisprudencia, “La interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución”. En este sentido, resulta claro, al menos desde la perspectiva constitucional, que la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional tiene la condición de preeminencia sobre, por razón de su misma naturaleza: supremo intérprete de la Constitución.

2.1.3.4 La eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional y el sistema de administración de justicia.

La posibilidad de emitir decisiones con carácter de obligatoriedad, le viene dada al colegiado, además, por virtud de la ley expresa vigente⁷ reconociendo entonces que el precedente constitucional vinculante es la regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general, lo que devendrá en un parámetro normativo para la resolución de futuros procesos similares⁸.

⁷ “Artículo VII del Código Procesal Constitucional.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

Recuérdese, asimismo, que el propio Tribunal Constitucional ha establecido que si se desconoce un precedente vinculante procede el recurso de agravio constitucional y que si se desconoce la doctrina constitucional puede interponerse una demanda de amparo contra amparo. A lo largo de su existencia como Tribunal Constitucional, y a partir de la aplicación del Código Procesal Constitucional (que incorporó a nivel legislativo el precedente constitucional), este órgano ha emitido un conjunto de decisiones vinculantes que a la fecha resultan de amplio conocimiento, siendo utilizadas no solo en controversias de orden constitucional, sino en diferentes campos del derecho donde se ejerce jurisdicción. Ello obedece a que lo impuesto como regla en las sentencias guarda relación con diferentes materias a las que el derecho busca dar solución desde sus diversas especialidades.

Entonces, atendiendo a la importancia de sus funciones y también a la prevalencia que en algunos casos tienen sus resoluciones, es razonable prever que sus relaciones con los demás órganos (quienes en varias ocasiones han visto corregidas sus providencias por el colegiado constitucional) no son permanentemente las más cordiales. De allí que la doctrina reconozca una casi natural tensión con el legislador al punto que es consenso señalar que las relaciones entre las normas constitucionales y el legislador están en una tensión dialéctica, lo que implica a su vez que también lo esté con la jurisdicción que tiene por función la interpretación de aquellas.

No será una oposición entendida como oposición (escenario en el que se sitúa la sentencia de inconstitucionalidad de la ley) sino como un estado de cosas sometido a dos fuerzas, ambas fuentes del derecho, que se atraen. Por esta razón la labor de interpretación del Tribunal Constitucional debe estar garantizada en todos los ámbitos donde tenga

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0024-2003-AI/TC.

incidencia, pues el conflicto natural que pueden generar sus decisiones (dejar sin efecto decisiones de todos los poderes y organismos públicos) deberían quedar en todo caso en un razonable debate jurídico sobre su contenido, mas no así en una controversia sobre su vigencia y aplicación, condiciones que en ningún caso deben ser cuestionadas desde cualquier sector de la sociedad, menos desde los operadores del aparato estatal.

Cuestionar la aplicación de las sentencias del Tribunal Constitucional no solo desmerece el fortalecimiento de la institucionalidad de este órgano, sino sobre todo desconoce la propia autoridad de la Constitución, ya que como se ha manifestado, es esta última la que ha establecido la existencia y las atribuciones del colegiado, lo que configura su autonomía constitucional en el ejercicio la defensa de la norma más importante del ordenamiento jurídico. No debe perderse de vista que la aplicación estricta de lo resuelto por el Tribunal Constitucional es expresión del principio de seguridad jurídica en tanto “principio consustancial del Estado Constitucional de Derecho, (que) se constituye, a la vez, en una norma de actuación de los poderes públicos, que les obliga a hacer predecibles sus decisiones y a actuar dentro de los márgenes de la razonabilidad y proporcionalidad”⁹. En este sentido, relativizar la ejecución de las decisiones del Tribunal Constitucional (como efectivamente ha sucedido en varias ocasiones en el Perú) configura una directa violación al principio de predictibilidad de las resoluciones jurisdiccionales; en los hechos, constituye emitir un mensaje gravemente negativo a la ciudadanía (sobre todo para aquella directamente afectada) de no tener la seguridad de que un fallo emitido por el órgano supremo de interpretación de la Constitución no tiene necesariamente eficacia. Si esto fuera así, es lógico entender una posible situación indeseable respecto de las decisiones de los demás órganos jurisdiccionales del país. En resumen, desconocer la efectividad y

⁹ Voto singular del magistrado Eto Cruz comprendido en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 05942-2006-PA/TC.

categoría definitiva de lo resuelto por el Tribunal Constitucional tiene ineludible incidencia en la seguridad jurídica que debe identificar al sistema de administración de justicia.

2.1.1.5 Algunos problemas y objeciones en relación a la asignación de nuevas competencias del Tribunal Constitucional peruano.

Las principales críticas que se han formulado a la posibilidad de asignar nuevas funciones y competencias a los tribunales constitucionales son las siguientes:

1. Se dice que el TC se convertiría en un poder ilimitado. Sin embargo, el Tribunal se encuentra subordinado a la Constitución. Además, no está exento de control, pues si bien no existe en la jurisdicción interna un órgano que revise las decisiones del TC, sin embargo, éstas pueden ser revisadas en la jurisdicción internacional por la CIDH.
2. Se afirma que otorgarle más poder a un solo órgano, genera tensiones con los demás órganos y poderes del Estado. Sin embargo, de la experiencia comparada, se puede ver que algunas de las competencias no previstas en nuestra actual Carta Magna en modo alguno interfieren en las competencias de otros poderes del Estado; por lo que su incorporación, ya sea a través de una reforma constitucional o a través del uso de la autonomía procesal del TC, no revisten mayores problemas ni objeciones.
3. Se argumenta que generaría mayor carga procesal, pues a mayores competencias, mayor número de procesos ante el TC. Sin embargo, esta objeción no se ajusta a la realidad.

Por ejemplo en el año 2012 la carga procesal que soportó el TC fue de 6,290 procesos.

- 3,748 procesos de amparo = 69.19%
- 909 proceso de habeas corpus = 16.47%
- 71 procesos de habeas data = 1.12%
- 216 procesos de cumplimiento = 8.60%
- 21 procesos de inconstitucionalidad = 0.57%
- 3 procesos competenciales = 0.11%
- 265 quejas = 3.95%

Como se puede apreciar la mayor cantidad de expedientes se concentra en los procesos de amparo, que en su mayoría son de naturaleza previsional; por lo que de incorporarse nuevas competencias al TC, como el control previo de tratados o de proyectos de ley, no tendría mayor incidencia en el volumen de procesos que conoce el Tribunal. En todo caso, a fin de evitar el mal uso de las nuevas competencias, el legislador tendría que establecer determinados mecanismos que restrinjan su uso; por lo que no existe el peligro de una sobrecarga procesal.

En consecuencia, carecen de razón las críticas que se han formulado contra la posibilidad de asignarle al TC nuevas competencias. Además, la mayoría de las competencias no previstas desarrolladas en el presente capítulo vienen siendo utilizadas por el TC, por tratarse de verdaderas competencias implícitas, cuyo uso se encuentra debidamente justificado en base a los fines que persigue la justicia constitucional

2.1.2 POLÍTICAS PÚBLICAS DEL SECTOR SALUD

II. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA.-

II. Marco conceptual de políticas públicas.-

MARCO TEÓRICO 1.-Primer problema: de seguridad:

- 1.- Es una "situación de encontrarse a salvo Mediante la acción integrada que desarrolla el estado. Destinada a asegurar su convivencia pacífica, COMO "POLÍTICA PUBLICA"
- 2.- El aseguramiento de la salud es como consecuencia de las políticas públicas del sector salud en el Perú.

II.1. Marco filosófico de políticas públicas.-

Autores que con su filosofía influyeron a darle a esta ciencia formalidad y dimensión, elementos centrales relevancia para las toma de decisiones de los gobernantes.

Filosofía de Maquiavelo y Bacon

Maquiavelo (1466-1527) según relata Parsons (2007:76) concebía al gobierno como un arte y el estudio del gobierno estaba interesado en el arte, técnicas del gobierno del Estado, creía que mediante el conocimiento de la realidad política y el poder Maquiavelo fue el primero decía: Los seres humanos son tan simples de mente y están tan dominados por sus necesidades inmediatas que, quien Es precisamente a Maquiavelo se recuerda con la moraleja: de que es mejor ganar la confianza de la gente que confiar en la fuerza, es señalado en muchas formas como de vital importancia para aquellos que quieran ostentar el poder.

Concentrarse en la resolución de problemas de políticas públicas.

II.2.- Marco legal.-

- Constitución política del Perú art: 55, 56, 57 .
- Ley N° 26647 y el reglamento de congreso.
- Ley N° 27815 art. 6 Inc.-2. Código de Ética de la función Pública

- Directiva N° 002-DGT/RE-2013 sobre lineamientos Generales sobre tratados.

II: 3. JURISPRUDENCIA

II.4. DOCTRINAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS.-

DOCTRINAS POLÍTICAS

Doctrinas políticas son las teorías, más o menos sistemáticas, elaboradas a lo largo de los tiempos por los filósofos, los teólogos, los juristas y los sociólogos, que tienen como objeto el poder, las formas de Estado y de gobierno, la moral política.

Reviste una especial importancia el análisis de las doctrinas políticas en el pensamiento griego (particularmente en las filosofías de Platón y de Aristóteles) y luego en el pensamiento cristiano.

El anuncio evangélico no condena el poder político, pero proclama su derivación (última) de Dios y justifica por tanto la obediencia a los poderes legítimos (cf. Rom 13,1-7). Relativiza sin embargo la autoridad política, en cuanto que la persona *imago Dei* está sometida íntegramente sólo a Dios, no hay que observar ninguna disposición política cuando se opone a la ley del Señor y al veredicto de la propia conciencia (cf. Me 12,13-17).

Las teorías políticas elaboradas en el ámbito cristiano no son unívocas, sino que se resienten de la influencia bastante divergente de san Agustín y de santo Tomás. El agustinismo político ve en la organización política una consecuencia del pecado original y un remedio a los males provocados por él. El pensamiento tomista, por el contrario, siguiendo las huellas de Aristóteles, vincula la política a la misma naturaleza del hombre, independientemente del pecado, aun cuando éste ejerce influencias negativas sobre ella, inclinándola a desviaciones antipersonalistas en contraste con su finalidad específica. Ésta consiste en el «bien común», o sea - como se irá precisando más con el correr del tiempo - en el conjunto dinámico y progresivo de aquellas condiciones económicas, sociales, jurídicas y morales necesarias para el desarrollo pleno y armonioso de las personas y de los grupos existentes en el ámbito de la comunidad civil y política.

Muchas teorías políticas de la edad moderna han presentado visiones de la política desvinculadas de la moral y de la religión, a fin de salvaguardar su perfecta autonomía. A partir de Maquiavelo las doctrinas políticas, en sus diversas formas, intentan justificar el absolutismo político y la «razón de estado». Una doctrina muy difusa, aunque teorizada de diversas maneras, es el contractualismo político, que, en la versión de Hobbes, sirve de base al absolutismo político, mientras que en la versión de Locke y de otros pensadores ofrece una base racional al régimen democrático y al estado de derecho. La reflexión teológica en estos momentos parece sentirse estimulada por las versiones posconciliares de la «teología política» (teología de la revolución, de la liberación, de la no violencia) que, mientras que justifican la dimensión política de la fe, relativizan fuertemente el poder, que a menudo asume el «rostro demoníaco» de la opresión contra las capas más débiles de la comunidad nacional y mundial.

Cuando había una hegemonía del marxismo, el pensamiento político de inspiración cristiana subrayó la exigencia de evitar la «derivación privatista de la fe» y de dar amplio espacio a la participación de los creyentes en la vida y en las responsabilidades políticas.

Al presente, además de esta urgencia, se subraya la de la moralización de la política, a fin de superar la discrasia entre ética y política, tanto por arriba como por abajo. El pensamiento social secular de la Iglesia, aunque no tiene hoy la pretensión de hacer una teoría política completa, ha ofrecido siempre sugerencias útiles en este sentido.

Mientras que justifica la autoridad y la comunidad política, ve en la eminente dignidad de la persona humana el centro, el sujeto y el fin de toda la vida asociada, incluida la política, que, por consiguiente, encuentra su parámetro y su límite en la misma persona y en sus fines.

2.2.2.1 Teorías de política pública

2.2.2.1.1 Teoría de las Ciencias Políticas

Lasswell articuló el primer uso formal del concepto *policy sciences* (ciencias de las políticas) en la década de los cuarenta, fue el primero en definir de manera coherente lo que constituía este nuevo enfoque del gobierno.

Desde entonces, las ciencias de las políticas, casi siempre bajo la rúbrica del análisis de las políticas públicas y, después, de la administración pública, han hecho grandes avances para lograr una amplia aceptación, con toda seguridad en los Estados Unidos y cada vez más en otras naciones (Farr, Dryzek, Leonard, 1999, pp. 304-309).

En la concepción seminal de las policy sciences (1951) de la obra de Lasswell, no existe una definición expresa de política pública puede derivarse de la obra de este autor en términos de que aquella constituye un acto intencional y centralizado del gobierno que, estructurado por equipos multidisciplinarios de origen público y privado para lograr una mayor racionalidad técnica, se orienta a resolver los grandes problemas sociales concretos, y, ofrecer opciones viables de futuro de la sociedad en condiciones empíricas determinadas.

En ese tenor, la concepción de las instituciones protagónicas son académicas y gubernamentales, y eso presupone una preferencia por la centralización y la racionalidad desde arriba, concentrada en círculos especiales. Por el contrario, en una perspectiva actualizada y ampliada, la política pública se concibe como un producto del sistema político-estatal en cuyo proceso de elaboración y puesta en práctica se aplican varios principios de a) racionalidad, b) descentralización, c) interés público y d) participación social (Enmerich y Alarcón, 2007, p.244).

Años después, por allá en 1971, con el título La Orientación hacia las Políticas (The Policy Orientation), en The Policy Sciences por D. Lerner y Lasswell, apareció un programa que mencionaba que las ciencia de las políticas públicas incluye:

- 1) los métodos de investigación del proceso de las políticas públicas,
- 2) los resultados del estudio de las políticas públicas y,

3) las conclusiones de las disciplinas que contribuyen de manera más importante a las necesidades de inteligencia de nuestro tiempo, que pretendió ser una respuesta a la fragmentación de las ciencias sociales y a la necesidad de mayor conocimiento por parte del gobierno en sus decisiones políticas, La política en esos años de tensa guerra fría que provocaban la crisis persistente de la seguridad nacional, la urgencia de la defensa nacional y que obligaban moral y políticamente al gobierno norteamericano a reafirmar, difundir y realizar los valores de la realidad humana, la democracia, el libre mercado, amenazados por la propuesta totalitaria del comunismo y su Estado cuartel (Parsons 2007, p.52).

Esa polarización internacional planteaba entonces el problema de cómo utilizar nuestros recursos intelectuales con la más sabia economía, como aumentar la función inteligencia para aumentar la racionalidad política y como lograr que los hechos y las interpretaciones influyan efectivamente el proceso de toma de decisiones (Villanueva 2007, pp. 39-40).

Menciona en su obra Lasswell, citado por Parsons (2007), que la ciencia de las políticas públicas y el papel del analista de esas políticas son disciplinas que ocupan de explicar los procesos de formulación y ejecución de las políticas, así como de localizar datos y brindar interpretaciones pertinentes a los problemas de las políticas públicas en determinado periodo. (pp.52-53)

Las políticas públicas se deben ocupar de los problemas fundamentales y, con frecuencia poco atendidos que surgen del ajuste del ser humano en la sociedad, en una palabra, el énfasis especial se halla en la ciencia de las políticas públicas de la democracia, cuyo fin último es la realización de la dignidad humana en la teoría y en la práctica; más adelante en 1970 en su obra *The Emerging Conception of the Policy Sciences* (La

Concepción Emergente de las Políticas Públicas), describía la situación de las ciencias de la políticas en ese periodo. Argumentó que la perspectiva distintiva de la ciencia de las políticas públicas es su orientación en función de los problemas, dicha orientación significa que el tema apunta a la multidisciplinareidad y a la síntesis de ideas y técnicas, con esto el autor aporta que el análisis de los problemas es un reacomodo creativo, así como una expansión del mapa conceptual que define el problema como los perciben los especialistas. La ciencia de las políticas públicas se orientaba en tres vertientes: 1) tenía un carácter contextual; 2) se valía de múltiples métodos y; 3) estaba orientada en función de los problemas; Merelman (1981) al tocar al tema del análisis de las políticas públicas menciona que aprender a ser un científico de las políticas públicas es una autoterapia, ya que desdibuja el ansia de poder del científico social, por lo que esta ciencia es terapéutica y pragmática: el médico social se sana a si mismo en el proceso de aprender a sanar el sistema de gobierno.

2.2.2.2 Concepto de política

La “política” trata de los espacios y asuntos relativos al poder político.

2.2.2.3 Concepto de política pública

Desde la década de los cincuenta, el interés por de limitar y definir su concepto dio lugar a un sin número de interpretaciones, esto reflejó en buena medida la amplitud y complejidad del ámbito de acción del gobierno, a grado tal que ciertos autores han optado sencillamente por considerar a la política pública como “todo aquello que los gobiernos deciden hacer, o no hacer”, según Thomas Dye (Citado por Ruiz, 1996)

Por otra parte, para los anglosajones hay una distinción entre politics y policies y usan la primera expresión para referirse a la política entendida como

construcción del consenso y la lucha por el poder, en tanto que la segunda es utilizada para denominar las actividades gubernamentales más concretas en campos específicos como la sanidad, la defensa o la educación; para las lenguas de origen latino existe un solo término para referirse al conjunto de todas estas actividades, dificultad que se ha querido subsanar con la traducción de la expresión *policy* por política pública según Regonini (Citado en Sanz 2003).

En la literatura sobre políticas públicas, podemos encontrar múltiples aproximaciones conceptuales al respecto, sin embargo todas ellas guardan puntos de coincidencias como la identificación de un problema público, toma de decisiones, cursos de acción, funcionarios públicos, población objetivo, asignación de recursos, entre otras categorías. En ese sentido, entendemos por políticas públicas al conjunto de toma de decisiones estructuradas por el aparato estatal, que luego se instrumentalizan para resolver problemas públicos.

Para comenzar a definir que es política pública, cabe mencionar que es: “una acción llevada a cabo por un gobierno para solucionar un problema que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios” (Tamayo, 1997).

Para Méndez (2000), un tipo ideal de definición de políticas públicas es: “una decisión del Estado, que ya es una forma de acción, de tomar o no acciones específicas para solucionar un problema determinado”.

Parafraseando a Lahera (2004) las políticas públicas son respuestas del Estado frente a los problemas que aquejan a la ciudadanía. Involucra la participación de la comunidad, como principales interesados, quienes no sólo presentan sus necesidades y/o demandas sino que pueden legitimar la propuesta, aportando y acompañando en el proceso del diseño, implementación y evaluación de la política pública (p.8).

2.2.2.4 Concepto de política pública en salud

De acuerdo a Health (1994) Política de Salud PS como al curso de acción que afecta al conjunto de instituciones, organizaciones, servicios y condiciones financieras del sistema de atención sanitaria (p.58); es frecuente también que las publicaciones se refieran a las PS como políticas sectoriales de los ministerios del ramo. Ya Walt ha anotado que esta concepción se queda corta, pues la salud no depende solo de los servicios médicos y éstos suelen afectarse también por acciones e intenciones de otros agentes como el público, el sector privado y organizaciones voluntarias.

En el sentido amplio, una política pública saludable se ocupa entonces, tanto de los efectos del ambiente y las condiciones socioeconómicas sobre la salud, como de la provisión de asistencia sanitaria. Una política pública saludable podría definirse como toda política, generada o no en el sector, y dirigida a promover la salud y/o prevenir la enfermedad cuyos objetivos debieran estar orientados a reducir en la población los factores de riesgos a enfermar y exponerla equitativamente a condiciones saludables. (Hancock, 1982, p.45)

2.2.2.5 Etapas de las políticas públicas

Para llevar a cabo una política pública se requiere seguir ciertos pasos donde se tiene un orden lógico y donde se busca la eficacia y la eficiencia en las acciones de gobierno. Es por ello la importancia de desagregar etapa por etapa, primero para tener un orden y, posteriormente para llevar a buen término la política pública. Al respecto Aguilar (1996) menciona: “Es mayoritariamente congruente que la política es un procedimiento que se desarrolla por niveles, cada una de ellas posee sus propios elementos, impedimentos, tratamiento y conclusiones que actúa sobre las demás y sobre ella misma” (p.77).

Algunos autores dan su clasificación, Anderson (Citado en Conde, 2000), divide el proceso en seis etapas: identificación del problema, formación de la agenda, formulación, adopción, implementación y evaluación (p.25). Por su parte Medina y Mejía (1993) especifican el proceso de producción en cinco fases: gestación, formulación, decisión, implementación (puesta en marcha) y valoran los resultados. May y Wildavsky (Ibid), para insistir en el hecho del permanente aprendizaje, corrección y continuidad de las políticas prefieren hablar del “ciclo de la política” cuyos momentos son: fijación de la agenda, análisis de la cuestión, implementación, evaluación y terminación. Hogwood y Gunn (1984), hablan de un “marco de análisis”, útil para la descripción y la prescripción de las políticas, que tendrían nueve etapas: decidir sobre qué decidir, decidir cómo decidir, definición de la cuestión, pronóstico, determinación de objetivos y prioridades, análisis de opciones, implementación monitoreo y control de la política, evaluación y revisión, mantenimiento-sustitución o terminación de la política.

Los estudiosos del desarrollo de la política coinciden en los integrantes necesarios que son: la existencia de una determinada situación problemática para cuya modificación en el sentido deseado se elige y efectúa un determinado curso de acción que produce ciertos resultados más o menos diferentes de los deseados y, en consecuencia, obliga a revisar el curso de la acción elegido (Aguilar, 1996). Aguilar desarrolla las fases y características del proceso de la política las cuales son:

Tabla 1

Fases y características del proceso de la política.

Fases	Características
Iniciación	Planteamiento creativo del problema. Definición de los objetivos. Diseño innovador de opciones. Explicación preliminar y aproximada de los conceptos, aspiraciones y posibilidades.
Estimación	Investigación cabal de los conceptos. Examen científico de los impactos correspondientes a cada opción de intervención o al no hacer nada. Examen normativo de las consecuencias probables. Bosquejo del programa. Establecimiento de los criterios e indicadores de rendimiento.
Selección	Debate de las acciones posibles. Compromisos, negociaciones y ajustes. Reducción de la incertidumbre de las opciones. Integración de los elementos ideológicos y no racionales en la decisión. Decisión entre las opciones. Asignación de la responsabilidad ejecutiva.
Implementación	Desarrollo de normas, procedimientos y lineamientos para la puesta en práctica de las decisiones. Modificación de la decisión conforme a las restricciones operativas, incluyendo incentivos y recursos. Traducción de la decisión en términos operativos. Establecimiento de los objetivos y estándares del programa, incluyendo el calendario de operaciones.
Evaluación	Comparación entre los niveles esperados de rendimiento y los ocurridos, conforme a los criterios establecidos. Fijación de responsabilidades para los incumplimientos notorios.
Terminación	Determinación de los costos, consecuencia y beneficios por clausura o reducción de actividades. Mejoramiento, si aún es necesario y requerido. Especificación de los nuevos problemas en ocasión de la terminación.

Fuente: (Aguilar, 1996)

2.2.2.6 Evaluación de las políticas públicas.

Para Mejía (2003), “la evaluación es un término de raciocinio cuya evaluación se basa en metodologías cuya importancia es proveer constantemente elementos y procesos para instaurar los efectos reales, sean éstos previstos o no, y donde existen observaciones a valores para establecer lo positivo a negativo de las actividades” (p.65).

“La evaluación no sirve únicamente para conocer los resultados que han sido alcanzados; contribuye, además, a clarificar los valores manejados en la política, y ayuda a ajustar o reformular la política y establecer una base para la reestructuración o redefinición del problema-objeto de la política” (Dunn, 1994, p.18).

La evaluación, pretende valorar los resultados obtenidos tanto desde el punto de vista de la eficacia y la eficiencia, como el de la solución del problema definido. La detección de errores, inconsistencias, deficiencias, etc., supone una retroalimentación al proceso para redefinirlo o reformularlo (Conde, 2000, p.36).

Al respecto de la detección de errores, Aguilar (1992) menciona: “El error puede ser teórico, en el sentido de que la estrategia de acción diseñada no produce el efecto esperado y aspirado como fin. En los casos más impugnados se imputa el error a determinadas predisposiciones, proclividades, del gobierno por ciertas pautas de análisis de los problemas y de selección de alternativas, o bien, a las características rígidas del sistema político que obligan a considerar desahogar los asuntos públicos dentro de un mismo arreglo de intereses [...] En esta perspectiva política la cuestión básica es la equivocación de la decisión gubernamental y por tanto, se trata de prevenirla y repararla [...] Pero, más frecuentemente, se han imputado los defectos y fracasos a la ejecución de las decisiones.

En esta perspectiva administrativa o burocrática los determinantes son la desorganización de las agencias, la impropiedad de rutina de los procedimientos, la

incompetencia técnica o la apatía de los agentes, los vicios morales que rodean el desempeño [...] La cuestión básica es entonces la dirección y el control para lograr una ejecución disciplinada y productiva (intercomunicación, incentivos, supervisiones...)”.

La evaluación por lo tanto es el proceso por el cual se valoran las actividades realizadas, depende de los juicios de valor y los criterios que se definan para llevarla a cabo, y en esa medida, se reduce a los fines que considera relevantes. “Qué se evalúa y para quién dan cuenta del tipo de evaluaciones factibles intraorganizacionalmente. Esto significa que la evaluación responde directamente a la percepción del problema, el propósito de la decisión de actuar, la alternativa seleccionada, etc. Si una política, por ejemplo, no pretende resolver el problema, la organización que se encarga de ponerla en práctica nunca se planteará un análisis de impacto o de satisfacción de la población” (Conde, 2000, p.44).

“Una política pública puede ser evaluada en la medida en que se conozcan sus productos: su contribución a mejorar el bienestar de la población objetivo y a alcanzar la estrategia prevista; la calidad y la cantidad en que lo hace, etc., por lo que reviste total importancia detectarlos cuando se pretende ir más allá de una evaluación intraorganizacional de su eficacia y eficiencia” (Ídem). El proceso de la evaluación inicia cuando un gobierno o directivo detecta la existencia de un problema que por su importancia merece su atención, y termina con la evaluación de los resultados que han tenido las acciones emprendidas para eliminar, mitigar o variar ese problema (Tamayo, 1997, p.69). “Los resultados que proporcione la evaluación pueden ser de gran importancia para cambiar, transformar o mantener la política y su mecánica de implantación, así como para obtener consenso y legitimación por parte de la población” (Conde, 2000, p.44).

A la evaluación se le reconoce “como un proceso constante, bajo el cual se toman decisiones, se emiten juicios y se concluyen o refuerzan las políticas públicas”. La evaluación proporciona las siguientes ventajas Mejía (2003): Clarifica la actuación pública; Transparenta la aplicación de recursos; Racionaliza el uso de recursos; Orienta la acción; Detecta desviaciones; Refuerza mecanismos de actuación; Genera juicios sobre la actuación; Establece niveles de desempeño; Previene acciones de corrupción; Legitima la acción pública (p.93).

Los criterios que Cabrero (2005) considera básicos en su propuesta de modernización de la administración pública son: la eficiencia, la eficacia y la legitimidad: “La eficiencia es una condición de sobrevivencia y una metodología de estudio en el vínculo insumo/producto, con la instalación de paquetes diseñados a la custodia y al intenso uso de los elementos con que se cuentan” (p.34). Identifica a la eficacia como el método de visualización clara de los logros e impactos que se quiere generar, como mecanismo de monitoreo y seguimiento de los efectos parciales que un programa o política van generando para introducir los ajustes o correcciones de forma oportuna. Y a la legitimidad, como marco de referencia de las acciones gubernamentales, esto es, “un mecanismo permanente de interacción con la ciudadanía, como método de consulta, de opinión, de participación, que introduce en todo momento los procesos de ajuste, de negociación, de acuerdo y, resultado de ella, los arreglos institucionales necesarios para gobernar”.

Aunque el propio Cabrero (2005) reconoce la dificultad de mezclar en todo momento estos tres criterios en cada acción gubernamental, lo importante es no perderlos de vista aún cuando la evaluación de una fase o situación determinada haga mayor énfasis en uno de esos ejes (p.88).

2.2.2.7 Tipos de evaluación de las políticas públicas.

Tamayo menciona dos principales tipos de evaluación en la fase de la implantación: la primera de ellas es la evaluación de la implantación, la cual produce información destinada a alimentar el proceso de adopción de decisiones que se vincula a la puesta en marcha y gestión de la política. Tiene como objetivo determinar en qué grado se cumplen los mandatos a directrices de la política, comparando el diseño inicial de la intervención con el funcionamiento real de la misma (Tamayo, 1997, p.44).

La segunda se da en los estudios de seguimiento de programas, aquí la evaluación se efectúa de forma continua, mientras ocurre la política, y produce información en tiempo real, la cual es suministrada a los responsables de las distintas fases del proceso para que introduzcan, en su caso, las correcciones oportunas en los mecanismos de operación de la política. Su objetivo es detectar posibles variaciones en la naturaleza del problema y las eventuales desviaciones respecto del plan inicial de implantación. Implica la definición de criterios operativos de logro y la construcción de baterías de indicadores –de procesos de gestión, de rendimiento, de cobertura, de uso de servicios y económicos–, que se aplicarán sistemáticamente mientras se desarrolla la intervención (Ídem).

Por su parte, Ziccardi y Saltalamacchia (1997) establecen diferentes clasificaciones: en función de los fines perseguidos por la evaluación, el momento en que se efectúa, la procedencia de quienes evalúan, y los aspectos del programa que son sometidas a la evaluación. En cuanto a los fines perseguidos por la evaluación, este contiene dos subtipos:

1. Evaluación de resultados, la cual se concentra en conocer si se logró o no, el objetivo de la acción de la política.
2. Evaluación formativa o de proceso, que pretende saber por qué medios se logró un resultado bueno o malo.

Las evaluaciones también pueden clasificarse según el momento en que se realiza:

1. Anterior (o ex ante), inicial o de predecisión, en la que se evalúan las condiciones en que se inicia un programa.
2. Durante la gestión, de proceso, continua, concurrente o monitoreo, en que se evalúa cada decisión, los métodos o técnicas en la ejecución así como sus resultados.
3. Después (o ex post), en donde, una vez finalizada la acción de la política, se evalúan sus impactos o sus postdecisiones. (p.25)

Según la procedencia de los evaluadores la evaluación puede ser:

1. Interna, la cual es realizada por personas que pertenecen a la institución responsable de la política pública, pero que no están involucradas en la plantación y/o ejecución de la misma.
2. Externa, a cargo de personas que no pertenecen a la institución responsable de la política pública.
3. Mixta, que combina en un solo equipo a evaluadores externos e internos.
4. Auto evaluación, la que es realizada por personal implicado en la ejecución de la política.

En cuanto a los aspectos del programa que son sometidos a evaluación puede darse:

1. Evaluación total, en la que se evalúan todos los programas, políticas y acciones.
2. Evaluación parcial, donde se evalúan solo algunos programas, políticas y acciones.

A este respecto, Dunn (1994), considera necesario “establecer un programa de monitoreo permanente que ayude a evaluar los grados de cumplimiento de la política, descubrir consecuencias no intencionadas del programa, identificar obstáculos y

restricciones en la implementación, e identificar fuentes responsables del desvío de la política” (Dunn, 1994, p.18).

Medina y Mejía (1993), proponen un sistema de control de gestión que recupere la esencia de un seguimiento basado en resultados. Para ello, establecen el diseño de un cuadro de mando como instrumento de control que permita a los tomadores de decisiones tener acceso a información periódica que refiere en qué medida se alcanzan los objetivos de la política. Un aspecto central de esta propuesta es la importancia de acceder a un tipo de información sistematizada y permanente, que permita, identificar las acciones correctivas necesarias de generar en el corto y mediano plazos.

La evaluación requiere de determinados requisitos básicos. Uno de ellos es la existencia de objetivos los cuales establecen el ámbito específico y suficientemente preciso para la orientación del programa (Ruiz, 1996). Otro requisito necesario para la evaluación de un programa son las metas. Un componente más de una acción de evaluación es la construcción de indicadores que ayuden a determinar el grado en que se han alcanzado los objetivos de un programa (Cohen y Franco, 1996). Estos instrumentos de medición, resultan esenciales para la toma de decisiones puesto que ayuda a proporcionar información sobre el desempeño de la política.

Mejía (2003) define el concepto de indicador del modo siguiente: “un indicador corresponde a una información breve, que nos señala aspectos significativos de la gestión, de una situación en particular o de los resultados de una acción. Corresponde también a un sistema de señales, reportando lo adecuado o inadecuado de una acción”.

Cohen y Franco (1992) distinguen dos tipos principales de indicadores, los directos los indirectos. “Los indicadores directos interpretan la consecución del fin concreto en vinculo de participación lógica”. Si el objetivo de una política educativa es incrementar la

tasa de titulación, su definición ya ha determinado el tipo de indicador. En el caso de los indicadores indirectos “el vínculo entre indicador y finalidad, es de tipo probabilística y no de intervención lógica como el indicador directo” (Cohen y Franco, 1996, p.155).

Mejía, a su vez, propone cuatro tipos de indicadores (2003):

1. Internos, los cuales se refieren a los medios y recursos utilizados.
2. De resultados, los cuales miden resultados directos o indirectos; resultados por producto o servicios; resultados por cobertura o incidencia; resultados por satisfacción de clientes, entre otros.
3. De relación, los que corresponden a vinculaciones o relaciones de datos útiles para el análisis y la toma de decisiones.
4. De contexto, que incorpora datos sobre el ambiente que rodea a la política.

Un aspecto importante en la construcción de indicadores son los criterios de selección. Al respecto Ballart (Citado en Mejía, 2003) sugiere los siguientes:

- Validez aparente, o en qué medida la variable seleccionada tiene relación con el objetivo de la política.
- Fiabilidad, o en qué medida los datos obtenidos no dependen del instrumento utilizado para su recolección.
- Globalidad, o en qué medida el conjunto de las variables seleccionadas abarca la totalidad de los objetivos relevantes.
- Control, o en qué medida la variable seleccionada depende realmente de la intervención de la administración, o dependen en cambio de factores que ésta no controla o que lo hace de manera parcial.
- Coste, o en qué medida los costos necesarios para recoger la información son razonables.

Se entiende que con la observancia de estos criterios, la construcción de indicadores puede tener una consistencia y solidez apreciables. Por lo que en una adecuada selección de indicadores radica la validez y fiabilidad de la evaluación. Con respecto a la educación, la evaluación del gobierno federal señala que prevalecen los rezagos y las diferencias entre hombres y mujeres con relación al analfabetismo; que existe un alto número de niños en fracaso escolar y una amplia discontinuidad entre los ciclos de educación básica; que pocos jóvenes de escasos recursos ingresan al nivel medio superior. De igual modo, se determinó que las condiciones desfavorables de salud se recrudecen en los espacios rurales debido a la deficiencia en el abasto, la desnutrición y las enfermedades; que las desigualdades en la salud están presentes desde antes del nacimiento; y que las mujeres continúan enfrentando menores oportunidades de trabajo, y que aquellos hogares que ellas lideran enfrentan mayores riesgos de vulnerabilidad (Arteaga, 2003, p.159).

Se han planteado diversos tipos de evaluación (Conde, 2000):

- Evaluación del contexto. Se propone determinar el valor de los objetivos del proyecto educativo en función de necesidades específicas existentes en el ambiente de operación.
- Evaluación de insumos. Analiza los recursos utilizados por el proyecto en función de los propósitos y objetivos del mismo, particularmente en relación con el planteamiento y organización de estos recursos.
- Evaluación de proceso. Considera el conjunto de actividades realizadas concomitantes a la ejecución del proyecto encaminadas hacia: a) supervisar en forma permanente la ejecución cotidiana de las acciones; b) detectar y solucionar los obstáculos inmediatos de operación; y c) integrar procedimientos, prototipos, mecanismos y materiales de apoyo desarrollados de conformidad

con condiciones de coherencia y operatividad que resulten válidos para las poblaciones meta en las que se realizan las actividades del proyecto.

- Evaluación formativa. Desarrollada particularmente en el área de la conformación de prototipos y materiales de apoyo. Gravita fundamentalmente sobre el uso intensivo de la información directa proporcionada por los beneficiarios de los proyectos.
- Evaluación del producto. Orientada a establecer y ponderar los resultados obtenidos por los programas y proyectos, ya sea que estos resultados hayan sido previstos o no.

Según Weiss (1998) “existen dos grandes ventajas al realizar la evaluación basándose en la teoría: una es que el evaluador puede detectar posibles fallas en el programa sin tener que esperar a los resultados de largo plazo; la otra es que le ayuda a explicar cómo y por qué ocurrieron los efectos del programa” (p.65).

La evaluación puede darse en diferentes niveles y por distintos actores: la organización se preocupará por evaluar la eficiencia, la eficacia, la efectividad o el impacto de sus acciones hacia el contexto. La población en cambio, tomará en cuenta sus necesidades y demandas, así como la satisfacción de éstas como producto de la acción gubernamental (Conde, 2000). El contenido de la evaluación y los criterios específicos que la guían dependen de la selección que se realice con base en los criterios genéricos de (Ídem): Quién (diseño, ejecución e interpretación); Qué (contenido); Cuándo (momento); Para quién (destinatario); Por qué; Para qué (intenciones).

La evaluación permite una toma de decisiones racional y objetiva en los diferentes niveles jerárquicos sobre aspectos de planeación, programación, administración, operación

y respecto a los contenidos educativos de cada servicio. Los aspectos a medir en cada acción desarrollada en forma general son (Ídem):

- a. Su contribución efectiva al cumplimiento de los objetivos institucionales.
- b. El apego a las líneas generales de acción y a las estrategias.
- c. El cumplimiento de metas.
- d. Los efectos esperados por la acción promovida y el impacto realmente logrado.
- e. El uso óptimo de los recursos escasos.
- f. La existencia y la operatividad de los instrumentos técnico pedagógicos, administrativos y legales que hacen posible la acción institucional.

En la actualidad, existen política públicas desactualizadas, las cuales necesitan con urgencia un reajuste de sus procesos y objetivos (Subirats, 1994, p.65).

Para reestructurar, es necesario conocer el contexto de la política pública, a través de la evaluación la cual se considera como el “método de investigación sistemática sobre la configuración de un programa o política determinada, y sobre su implementación y efectividad, con lo que ha ampliado –hacia arriba– sus potencialidades” (Ídem).

La evaluación sirve tanto para un mejor conocimiento de los programas de actuación gubernamentales por parte de la opinión pública como por parte de los protagonistas mismos de esos programas en la Administración Pública, que quieren beneficiarse de la información que genera la actividad evaluadora (Ídem).

Ya sea en países desarrollados o con economías emergentes como el caso de México, se plantea la necesidad de afrontar la limitación de recursos y las crecientes demandas sociales ya que pueden acrecentar, si cabe, la necesidad de mejorar la eficiencia de los programas de actuación pública (Ídem).

En cuanto a los usos de la evaluación, sirve para: “tomar decisiones sobre los recursos; replantearse las causas de un problema; identificar las consecuencias de un problema emergente; decidir sobre mejores alternativas; respaldar la reforma/ innovación del sector público; ayudar a generar un consenso entre los interesados con relación a cómo responder a un problema” (Kusek y Rist, 2004, p.101).

2.2.2.8 Órganos de Control y Revisión de la actividad del Sector Público.

2.2.2.8.1 El Sistema Nacional de Control

El Sistema Nacional de Control es el conjunto de Órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada.

Su actuación comprende todas las actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanza al personal que presta servicios en ellas, independientemente del régimen que las regule.

El Sistema está conformado por los siguientes Órganos de control:

- a) La Contraloría General, como ente técnico rector.
- b) Todas las unidades orgánicas responsables de la función de control gubernamental de las entidades que se mencionan en el Artículo 3° de la Ley 27785, sean éstas de carácter sectorial, regional, institucional o se regulen por cualquier otro ordenamiento organizacional.
- c) Las sociedades de auditoría externa independientes, cuando son designadas por la Contraloría General y contratadas, durante un período determinado, para realizar servicios de auditoría en las entidades: económica, financiera, de sistemas informáticos, de medio ambiente y otros.

El ejercicio del control gubernamental por el Sistema en las entidades, se efectúa bajo la autoridad normativa y funcional de la Contraloría General, la que establece los lineamientos, disposiciones y procedimientos técnicos correspondientes a su proceso, en función a la naturaleza y/o especialización de dichas entidades, las modalidades de control aplicables y los objetivos trazados para su ejecución. Dicha regulación permitirá la evaluación, por los órganos de control, de la gestión de las entidades y sus resultados. La Contraloría General, en su calidad de ente técnico rector, organiza y desarrolla el control gubernamental en forma descentralizada y permanente, el cual se expresa con la presencia y accionar de los órganos a que se refiere el literal b) precedente en cada una de las entidades públicas de los niveles central, regional y local, que ejercen su función con independencia técnica.

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control.

Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

La Contraloría General de la República cuenta con una Sede Central ubicada en la Ciudad de Lima, y para su desempeño desconcentrado cuenta con Oficinas Regionales en las ciudades de Piura, Chiclayo, Iquitos, Moyobamba, Huancayo, Arequipa, Cusco, Huaraz, Puno, Cajamarca, Ica, Trujillo, Huánuco, Ayacucho, Abancay, Tacna y Lima; pudiendo establecer oficinas y representaciones en cualquier otro lugar si así lo requiriese. La Contraloría General de la República tiene su domicilio legal en el Jr. Camilo Carrillo N° 114, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima, lugar donde funciona la Sede Central.

El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave. Para el cumplimiento de sus funciones, la Contraloría General de la República cuenta con la Estructura Orgánica aprobada por Resolución de Contraloría General N° 052-2008-CG.

El Control en el Gobierno Regional está sujeto a la fiscalización permanente del Congreso de la República, del Consejo Regional y la ciudadanía, conforme a ley y al Reglamento del Consejo Regional. La fiscalización se ejerce con arreglo a los principios de gestión pública regional señalados en la presente Ley. El control a nivel regional está a cargo del Órgano Regional de Control Interno, el cual depende funcional y orgánicamente de la Contraloría General de la República conforme a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. El Órgano de Control Regional está bajo la Jefatura de un funcionario seleccionado y nombrado por la Contraloría General de la República, mediante concurso público de méritos. Su ámbito de control abarca a todos los órganos del Gobierno Regional y todos los actos y operaciones conforme a Ley. El Jefe del Órgano de Control Regional emite informes anuales al Consejo Regional acerca del ejercicio de sus funciones y del Estado del control del uso de recursos y fondos públicos. Estos informes son públicos. Las observaciones, conclusiones y recomendaciones de cada acción de control se publican en el portal del Gobierno Regional. El órgano de auditoría interna en los gobiernos locales está bajo la jefatura de un funcionario que depende funcional y administrativamente de la Contraloría General de la República y es designado previo concurso público de méritos y cesado por la Contraloría General de la República. Su ámbito de control abarca a todos los órganos del gobierno local y a todos los actos y operaciones, conforme a ley. El jefe del órgano de auditoría interna emite informes anuales al concejo municipal acerca del ejercicio de sus funciones

y del estado del control del uso de los recursos municipales. Las observaciones, conclusiones y recomendaciones de cada acción de control se publican en el portal electrónico del gobierno local. En el cumplimiento de dichas funciones, el jefe del órgano de auditoría interna deberá garantizar el debido cumplimiento de las normas y disposiciones que rigen el control gubernamental, establecida por la Contraloría General como Órgano Rector del Sistema Nacional de Control.

La Contraloría General de la República, cuando lo estime pertinente, podrá disponer que el órgano de control provincial o distrital apoye y/o ejecute acciones de control en otras municipalidades provinciales o distritales, de acuerdo con las normas que para tal efecto establezca.

La auditoría a los estados financieros y presupuestarios de la entidad, será efectuada anualmente, de acuerdo a lo establecido por la Contraloría General de la República.

La prestación de los servicios públicos locales es fiscalizada por el concejo municipal conforme a sus atribuciones y por los vecinos conforme a la presente ley.

2.2.2.8.2 El Sistema de Defensa Jurídica del Estado

Por D. Legislativo 1068 (27.06.2008) se crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado con la finalidad de fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, regional, nacional, supranacional e internacional, en sede judicial, militar, arbitral, Tribunal Constitucional, órganos administrativos e instancias de similar naturaleza, arbitrajes y conciliaciones, la que está a cargo de los Procuradores Públicos, cuyo ente rector es el Ministerio de Justicia y está representado por el Presidente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

El Sistema de Defensa Jurídica del Estado es el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos, estructurados e integrados funcionalmente mediante los cuales los Procuradores Públicos ejercen la defensa jurídica del Estado.

El Ministerio de Justicia es el ente rector del Sistema y tiene las siguientes atribuciones:

- a) Establece la política general del Sistema.
- b) Formula las normas y procedimientos relacionados con la defensa jurídica del Estado.
- c) Supervisa y evalúa el cumplimiento de las políticas, normatividad y actividades de los operadores del Sistema.
- d) Orienta el desarrollo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.
- e) Desarrolla políticas que promuevan la capacitación y especialización de los operadores del Sistema.

Los operadores del Sistema son:

1. El Presidente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.
2. Los miembros del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.
3. Los Procuradores Públicos.
4. El Presidente del Tribunal de Sanción.

La Defensa Jurídica del Estado se rige por los siguientes principios:

- a) *Legalidad*: Los Procuradores Públicos y abogados del Sistema de Defensa Jurídica del Estado están sometidos a la Constitución, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico.
- b) *Autonomía funcional*: La Defensa Jurídica del Estado se ejerce por medio de los Procuradores Públicos, quienes actúan con autonomía en el ejercicio de sus funciones, quedando obligados a cumplir los principios rectores del sistema.

- c) *Unidad de actuación y continuidad:* Los Procuradores Públicos y demás operadores del Sistema se conducen conforme a criterios institucionales de conformidad a los objetivos, metas y lineamientos del Sistema.
- d) *Eficacia:* La gestión se organiza para el cumplimiento oportuno de los objetivos y las metas del Sistema.
- e) *Eficiencia:* Toda actuación de los Procuradores Públicos y demás operadores del Sistema se realiza optimizando la utilización de los recursos disponibles, procurando la innovación y el mejoramiento oportuno.
- f) *Capacitación y evaluación permanente:* Los Procuradores Públicos serán capacitados y evaluados de acuerdo a los lineamientos establecidos por el ente rector.
- g) *Especialización:* Se garantiza y preserva la especialización de los Procuradores Públicos.
- h) *Confidencialidad:* Los operadores del Sistema deben guardar absoluta reserva sobre los asuntos de naturaleza confidencial a su cargo.
- i) *Celeridad:* Los Procuradores Públicos y abogados del Sistema deben ajustar su conducta, orientada a conseguir la máxima dinámica posible del proceso o procedimiento, evitando actuaciones que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, sin que se releve el respeto al debido proceso o vulnere e ordenamiento jurídico.
- j) *Ética, probidad y honestidad:* La ética, probidad y honestidad son esenciales en el ejercicio de las funciones de los operadores del Sistema.
- k) *Responsabilidad:* Los Procuradores Públicos son responsables por el ejercicio indebido de la Defensa Jurídica del Estado.

2.2.2.9 Reconocimiento del derecho a la salud como derecho autónomo.

Uno de los primeros temas a los que se enfrentó el Tribunal al delinear los alcances del derecho a la salud fue el relacionado con su carácter de derecho fundamental.

Aun cuando la Constitución de 1993 expresamente prescribe que «todos tienen derecho a la protección de su salud», el Tribunal fue receptor de alguna jurisprudencia comparada que solo reconoce el carácter ius-fundamental del derecho a la salud cuando este se encuentra engarzado con el derecho a la vida o a la integridad física.

Esta postura queda registrada tempranamente, por ejemplo, en el caso Juan Islas Trinidad y otros, o en el caso del Penal de Challapalca, donde el Tribunal ubica este derecho en la cláusula de los derechos innominados merced a su vinculación con el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad de la persona¹⁰. Posteriormente ratifica este criterio en el caso Azanca Alhelí Meza García, donde a pesar de que se desarrolla este derecho en el marco más amplio de la dogmática de los derechos sociales, su carácter ius-fundamental solo lo reconoce cuando están en juego otros derechos fundamentales, básicamente la vida. Sin embargo, en el caso José Luis Correa Condori, el Tribunal reconoce tímidamente que el derecho a la salud tiene una categoría ius-fundamental autónoma, aunque persiste en el criterio de que dicha fundamentalidad depende en una importante medida de su relación con el derecho a la vida. Finalmente, en el caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi, el Tribunal hace una inflexión de su jurisprudencia y sienta el criterio definitivo de que el derecho a la salud goza de un grado de autonomía ius-fundamental que no depende de su relación con el derecho a la vida u otros derechos fundamentales, puesto que el referido derecho contiene exigencias propias.

¹⁰ STC 1429-2002-HC/TC, FJ. 14. En este caso se planteó la necesidad de cerrar el Penal de Challapalca, ubicado en una zona altoandina con duras condiciones climáticas, lo que no se condecía con el derecho a la salud de la población carcelaria.

2.2.2.10 Fuentes normativas del derecho a la salud.

A diferencia de la Constitución de 1979, que recogía disposiciones más detalladas sobre la protección de la salud y más tuitivas de este derecho fundamental, la Constitución de 1993 se muestra, de hecho, mucho más lacónica. Así, mientras en la anterior Carta Política se hacía mención expresa, en su artículo 15, a una protección de la salud tanto personal, como familiar y comunitaria «integral», la Carta de 1993, en su artículo 7, solo menciona el derecho a la protección de la salud. Por otro lado, mientras en la Constitución de 1993, en el artículo 9, solo se hace referencia a la obligación del Estado de dirigir la política nacional de salud y de facilitar un acceso equitativo a los servicios de salud, en el Texto de 1979, de acuerdo con el artículo 16, dicha obligación incluía «la organización de un sistema nacional descentralizado y desconcentrado, que planifica y coordina la atención «integral» de la salud a través de organismos públicos y privados, y que facilita a todos el acceso «igualitario» a sus servicios, en «calidad adecuada» y con «tendencia a la gratuidad»» (negritas agregadas). Finalmente, en lo atinente a la protección del incapaz, ambas constituciones son similares. Así, el artículo 7 de la de 1993 establece: «La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad».

Es obvio que las diferencias entre ambas regulaciones obedecen al trasfondo ideológico en el cual se ubican cada uno de los textos constitucionales. Así, mientras podemos identificar a la Constitución de 1979 con los fundamentos del Estado benefactor, la Carta de 1993 responde al contexto ideológico del neoliberalismo, donde prima un modelo de atención minimalista en materia de prestaciones sociales. Con todo, la lectura de las disposiciones contenidas en la Constitución de 1993 sobre el derecho a la salud debe

realizarse teniendo en cuenta lo establecido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por el Perú, de conformidad con la interpretación que sobre los mismos hayan efectuado los organismos internacionales encargados de vigilar su cumplimiento, tal y como lo disponen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

Es así que en la STC 3081-2007-PA/TC, el Tribunal precisa que las principales fuentes normativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos donde está recogido el derecho a la salud son:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Aprobada por resolución legislativa 13282 del 15 de diciembre de 1959), artículo 25.1
2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ratificado bajo instrumento de adhesión de fecha 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978), artículo 12.
3. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha precisado el contenido normativo del artículo 12 (Observación General N.º 14 (E/C.12/2000/4)».
4. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, 1948); el artículo XI establece:
5. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por el Perú el 4 de junio de 1995), artículo 10.

2.2.2.11 Fundamento del derecho a la salud.

El Tribunal ha encontrado, al margen de su reconocimiento positivo, que el derecho a la salud supone una facultad principalísima en el ordenamiento jurídico dada su centralidad para el propio individuo como para la sociedad en su conjunto. Así, el TC ha engarzado su

carácter fundamental, en primer lugar, no solo con la importancia de la salud para preservar la propia vida en condiciones dignas, sino con la necesidad de maximizar su protección como condición para el ejercicio pleno y real de la autonomía personal.

En este contexto, no solo ha sustentado la necesidad de entregar tratamiento antirretroviral para personas de escasos recursos con el objeto de que puedan enfrentar su enfermedad en condiciones dignas (caso Azhanca Alhelí, STC 2945-2003-PA/ TC, FJ. 22), sino que ha fundamentado la presencia de una obligación especial del Estado de priorizar la atención en salud a las personas en condiciones de pobreza y pobreza extrema, dada no solo la dificultad de estas personas de preservar su salud por sí mismas, sino también la dificultad de alcanzar una verdadera autonomía por consecuencia de los costos excesivos a los que se ven sometidos ante la ocurrencia de una enfermedad (STC 0033-2010-PI/TC, FJ. 15). En dicha línea, el Tribunal parece asumir la tesis imperante en el Derecho Internacional de que el derecho a la salud no es solo un derecho a un mínimo que permita evadir situaciones de inhumanidad, sino un derecho a las mejores condiciones posibles que permitan a las personas ejercer su autonomía de modo pleno.

Por otro lado, el Tribunal ha destacado también la necesidad de reconocer a la salud como un bien público cuya protección le compete, por tanto, a la sociedad en su conjunto. Y es que el hecho de que la salud se encuentre determinada por un conjunto de determinantes sociales hace a la sociedad responsable de la superación de obstáculos que impidan a las personas gozar de buena salud por causa de su falta de recursos económicos. El compromiso con los derechos sociales en este contexto, ha dicho el Tribunal, corresponde también a la sociedad y a los particulares como manifestación del principio de solidaridad.

III. Método

3.1 Tipo de investigación

La presente investigación es de un nivel básico, el enfoque cuantitativo, diseño no experimental, nivel descriptivo-correlacional, transversal.

Según Behar (2008), la investigación básica se define como

[...] recibe el nombre de investigación pura, teórica, dogmática y fundamental. Se caracteriza porque parte de un marco teórico y permanece en él; la finalidad radica en formular nuevas teorías o modificar las existentes, en incrementar los conocimientos científicos o filosóficos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico. Esta forma de investigación emplea cuidadosamente el procedimiento de muestreo, a fin de extender sus hallazgos más allá del grupo o situaciones estudiadas. Poco se preocupa de la aplicación los hallazgos, por considerar que ello corresponde a otra persona y no al investigador. (p. 87)

Hernández, Fernández y Baptista (2010:4) en su obra Metodología de la Investigación, sostienen que todo trabajo de investigación se sustenta en el enfoque cuantitativo.

Este estudio se realizó sin la manipulación deliberada de las variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para después analizarlos. (Hernández, Fernández, y Baptista, 2010)

La investigación es del tipo transversal, porque recopila datos en un solo momento dado, en un tiempo único y descriptivo por que intenta dar la descripción de un fenómeno en particular. (pp. 149-151) y correlacional, porque miden cada variable para ver si existe o no relación entre ellas, este tipo de estudios son cuantitativos e intentan predecir el valor

aproximado que tendrá un grupo de individuos o fenómenos en una variable, a partir del valor que tienen en la (s) variable(s) relacionada(s) Hernández, Fernández y Baptista (2004).

3.2 Población y muestra

3.2.1 Población

La población es un conjunto de individuos de la misma clase, limitada por el estudio. Según (Hernández, Fernández y Baptista, 2010), "La población se define como la totalidad del fenómeno a estudiar donde las unidades de población poseen una característica común la cual se estudia y da origen a los datos de la investigación" (p.425).

La población estuvo constituida por los 7 magistrados que actualmente son parte del Tribunal Constitucional.

3.2.2 Muestra

Para Castro (2003), la muestra no probabilística: La elección de los miembros para el estudio dependerá de un criterio específico del investigador, lo que significa que no todos los miembros de la población tienen igualdad de oportunidad de conformarla. La forma de obtener este tipo de muestra es: muestra intencional u opinática y muestra accidentada o sin norma.

Para efectos de la presente investigación, utilizaremos la muestra no probabilística censal, ya que utilizaremos la totalidad de la población señalada.

3.3 Operacionalización de variables

Variable 1:

Jurisprudencia Tribunal Constitucional

Dimensiones:

- X₁ Tipos de Normas Constitucionales
- X₂ Características Constitucionales esenciales
- X₃ Rol de la jurisprudencia constitucional

Variable 2:

Políticas Públicas en Salud

Dimensiones:

- Y₁ Iniciación
- Y₂ Implementación
- Y₃ Evaluación

3.4 Instrumentos

Un instrumento de medición es el recurso que utiliza el investigador para registrar información o datos sobre las variables que tiene en mente (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010)

El instrumento de recolección de datos será mediante un cuestionario, con el fin de obtener información importante para el presente trabajo.

3.5 Procedimientos

Las técnicas de recolección de datos pueden considerarse como la forma o procedimiento que utiliza el investigador para recolectar la información necesaria en el diseño de la

investigación. Así lo expresa Arias (2006) “son las distintas formas o maneras de obtener la información” (p.53). Entre las técnicas de recolección de información están la encuesta, la observación en sus distintas modalidades, la entrevista, el análisis documental, entre otras.

Para la presente investigación se utilizará la técnica de la encuesta.

3.6 Análisis de datos

Para el análisis de los datos, luego de tener las respuestas obtenidas a través del instrumento, se hará el vaciado de la data en Excel, obteniendo las sumas de las dimensiones y de la variable. Luego se utilizará el software SPSS versión 22.0, para la reconversión de variable a niveles – rangos y brindar los informes respectivos.

Para mostrar los resultados obtenidos, se trabajarán tablas de contingencia, porcentajes y gráficos de barras, elementos que ayudarán a ver descripciones de la variable de estudio.

IV. Resultados

4.1 Contrastación de Hipótesis

Hipótesis general

Ha: Las sentencias emitidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

H0: Las sentencias emitidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud No tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

Tabla 2

Prueba de correlación según Spearman entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud

		Jurisprudencia del Tribunal Constitucional		Políticas Públicas en el sector Salud	
Rho de Spearman	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	Coefficiente de correlación	de	1,000	,660**
		Sig. (bilateral)		.	,001
		N		7	7
	Políticas Públicas en el sector Salud	Coefficiente de correlación	de	,660**	1,000
		Sig. (bilateral)		,001	.
		N		7	7

** . La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Interpretación:

Como se muestra en la tabla 2 la variable jurisprudencia del Tribunal Constitucional está relacionado directa y positivamente con la variable Políticas Públicas en el sector Salud, según la correlación de Spearman de 0.660 representado este resultado como moderado con una significancia estadística de $p=0.001$ siendo menor que el 0.01. Por lo tanto, se acepta la hipótesis general y se rechaza la hipótesis nula.

Hipótesis específica 1

Ha: Los tipos de Normas Constitucionales y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

H0: Los tipos de Normas Constitucionales y las Políticas Públicas en el sector Salud no tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

Tabla 3

Prueba de correlación según Spearman entre los tipos de Normas Constitucionales y las Políticas Públicas en el sector Salud

		Los tipos de Normas Constitucionales		Políticas Públicas en el sector Salud	
Rho de Spearman	Los tipos de Normas Constitucionales	Coeficiente de correlación	de	1,000	,679**
		Sig. (bilateral)		.	,001
		N		7	7
	Políticas Públicas en el sector Salud	Coeficiente de correlación	de	,679**	1,000
		Sig. (bilateral)		,001	.
		N		7	7

** . La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Interpretación:

Como se muestra en la tabla 3 los tipos de Normas Constitucionales están relacionados directa y positivamente con la variable Políticas Públicas en el sector Salud según la correlación de Spearman de 0.679 representado este resultado como moderado con una significancia estadística de $p=0.001$ siendo menor que el 0.01. Por lo tanto, se acepta la hipótesis específica 1 y se rechaza la hipótesis nula.

Hipótesis específica 2

Ha: Las Características Constitucionales esenciales y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

H0: Las Características Constitucionales esenciales y las Políticas Públicas en el sector Salud no tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

Tabla 4

Prueba de correlación según Spearman entre las Características Constitucionales esenciales y las Políticas Públicas en el sector Salud

		Características Constitucionales esenciales		Políticas Públicas en el sector Salud	
Rho de Spearman	Características Constitucionales esenciales	Coeficiente de correlación	de	1,000	,661**
		Sig. (bilateral)		.	,001
		N		7	7
	Políticas Públicas en el sector Salud	Coeficiente de correlación	de	,661**	1,000
		Sig. (bilateral)		,001	.
		N		7	7

** . La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Interpretación:

Como se muestra en la tabla 4 las Características Constitucionales esenciales están relacionados directa y positivamente con la variable Políticas Públicas en el sector Salud según la correlación de Spearman de 0.661 representado este resultado como moderado con una significancia estadística de $p=0.001$ siendo menor que el 0.01. Por lo tanto, se acepta la hipótesis específica 2 y se rechaza la hipótesis nula.

Hipótesis específica 3

Ha: El rol de la jurisprudencia constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

H0: El rol de la jurisprudencia constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud no tienen una relación significativa en la mayoría de los casos.

Tabla 5

Prueba de correlación según Spearman entre el rol de la jurisprudencia constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud

		El rol de la jurisprudencia constitucional		Políticas Públicas en el sector Salud	
Rho de Spearman	El rol de la jurisprudencia constitucional	Coefficiente de correlación	de	1,000	,661**
		Sig. (bilateral)		.	,001
		N		7	7
	Políticas Públicas en el sector Salud	Coefficiente de correlación	de	,661**	1,000
		Sig. (bilateral)		,001	.
		N		7	7

** . La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

Interpretación:

Como se muestra en la tabla 5 el rol de la jurisprudencia constitucional está relacionado directa y positivamente con la variable Políticas Públicas en el sector Salud según la correlación de Spearman de 0.661 representado este resultado como moderado con una significancia estadística de $p=0.001$ siendo menor que el 0.01. Por lo tanto, se acepta la hipótesis específica 3 y se rechaza la hipótesis nula.

4.2 Análisis e interpretación

Tabla 6

Distribución de datos según la variable Jurisprudencia Tribunal Constitucional

Niveles	f	%
Eficiente	2	28,57
Regular	4	57,14
Deficiente	1	14,29
Total	7	100,00

Fuente: Encuesta de elaboración propia

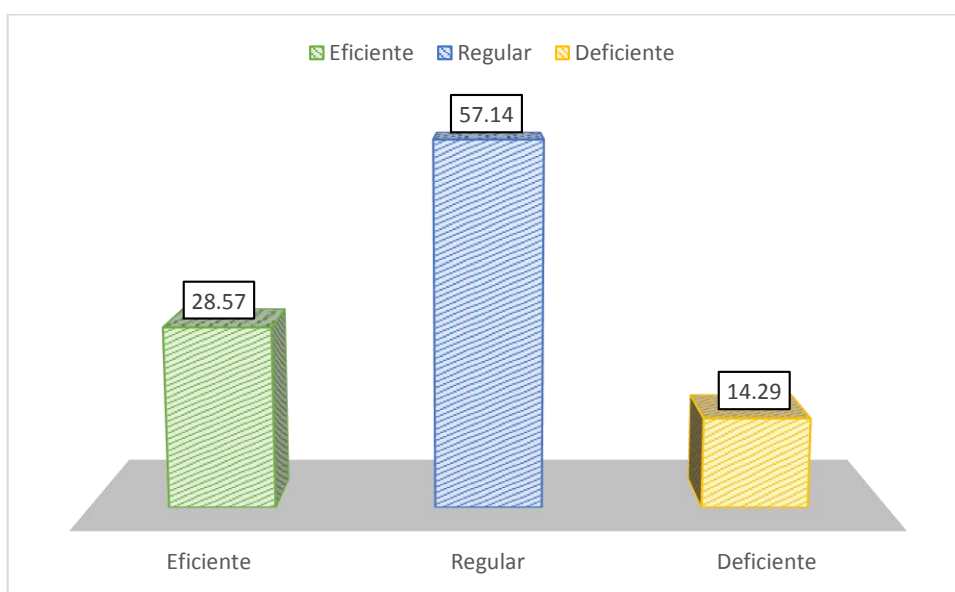


Fig. 6: Datos según la variable Jurisprudencia Tribunal Constitucional

Análisis e Interpretación: Según los datos obtenidos de los magistrados el 28.57% refiere que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional es eficiente, el 57.14% manifiesta o puntualiza que es regular en cambio hay un 14.29% que manifiesta que es deficiente.

Tabla 7

Distribución de datos según el indicador Tipos de Normas Constitucionales

Niveles	f	%
Eficiente	3	42,86
Regular	3	42,86
Deficiente	1	14,29
Total	7	100,00

Fuente: Encuesta de elaboración propia

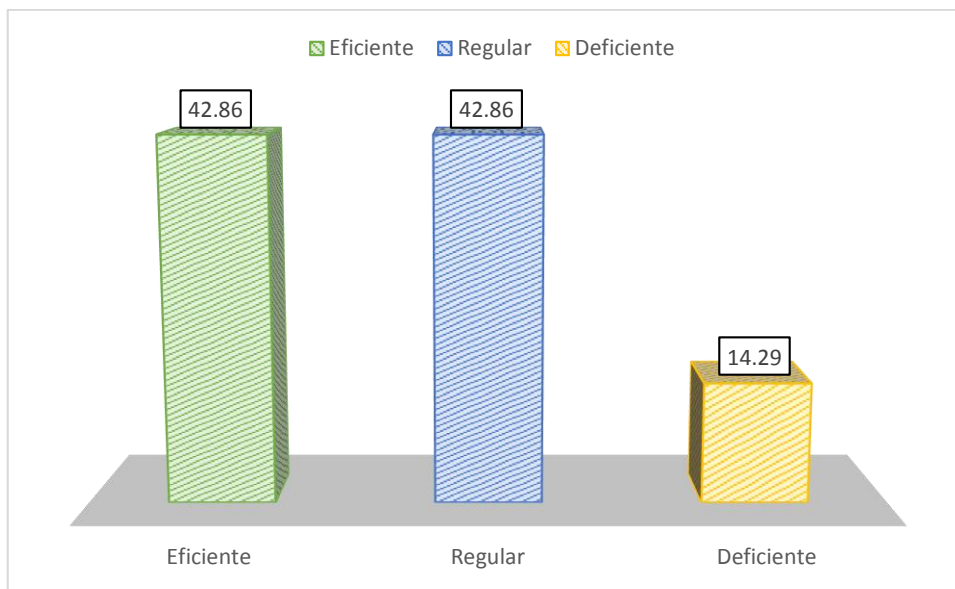


Fig. 7: Datos según el indicador Tipos de Normas Constitucionales

Análisis e Interpretación: Según los datos obtenidos de los magistrados .el 42.86% refiere que los tipo de normas constitucionales son eficientes, en cambio en un porcentaje de la misma magnitud del 42.86% manifiesta o puntualiza que es regular en cambio hay un 14.29% que manifiesta que son deficientes..

Tabla 8

Distribución de datos según el indicador Características Constitucionales esenciales

Niveles	f	%
Eficiente	1	14,29
Regular	5	71,43
Deficiente	1	14,29
Total	7	100,00

Fuente: Encuesta de elaboración propia

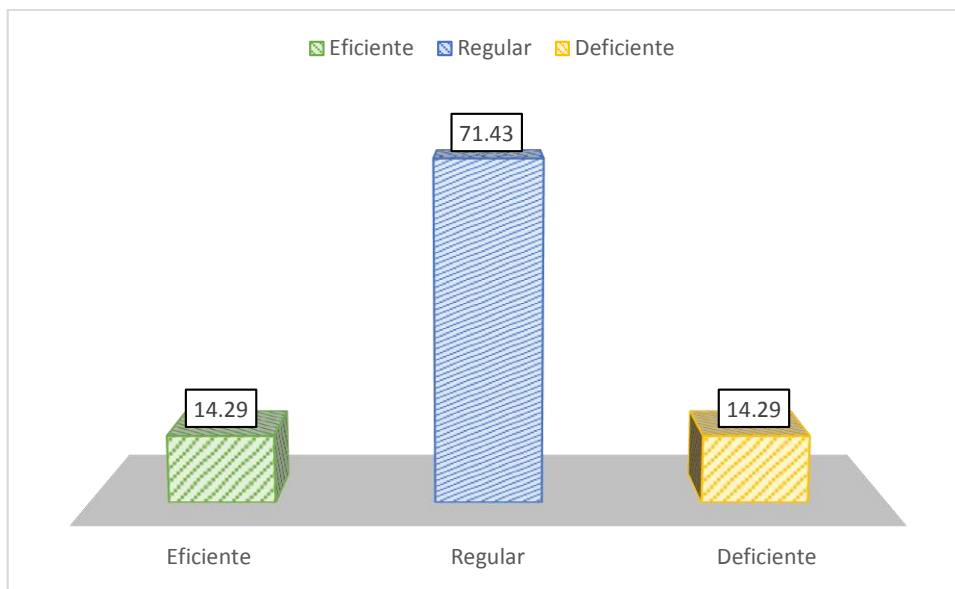


Fig. 8: Datos según el indicador Características Constitucionales esenciales

Análisis e Interpretación: Según los datos obtenidos de los magistrados .el 14.29% refiere que las característica constitucionales esenciales son eficientes, en cambio en un porcentaje del 71.43% manifiesta o puntualiza que es de un nivel regular en cambio hay un 14.29% que manifiesta que son deficientes.

Tabla 9

Distribución de datos según el indicador Rol de la jurisprudencia constitucional

Niveles	f	%
Eficiente	2	28,57
Regular	4	57,14
Deficiente	1	14,29
Total	7	100,00

Fuente: Encuesta de elaboración propia

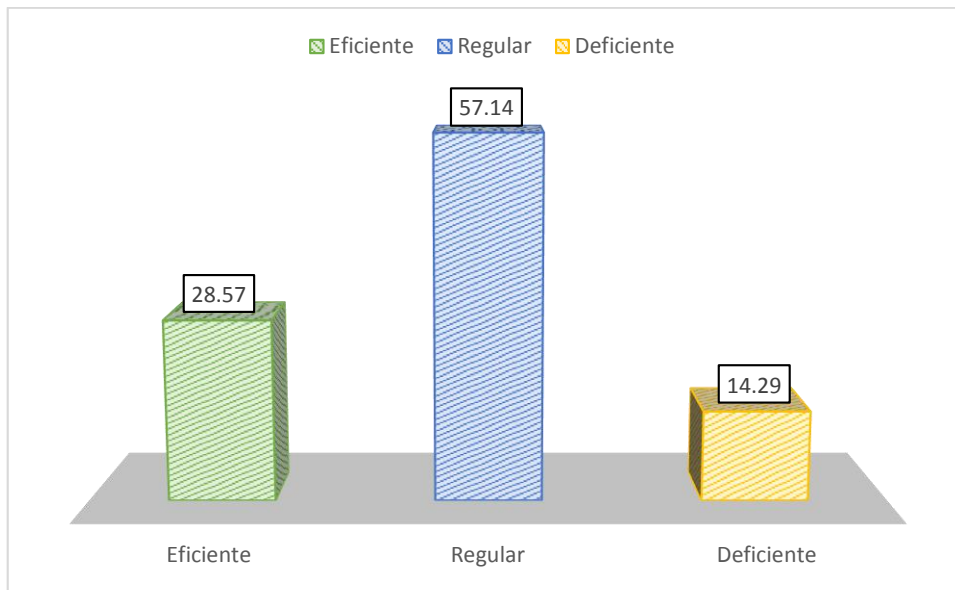


Fig. 9: Datos según el indicador Rol de la jurisprudencia constitucional

Análisis e Interpretación: Según los datos obtenidos de los magistrados el 28.57% refiere que el rol de la jurisprudencia es eficiente, en cambio en un porcentaje del 57.14% manifiesta o puntualiza que es de un nivel regular en cambio hay un 14.29% que manifiesta que es deficiente.

Tabla 10

Distribución de datos según la variable Políticas Públicas en Salud

Niveles	f	%
Eficiente	2	28,57
Regular	4	57,14
Deficiente	1	14,29
Total	7	100,00

Fuente: Encuesta de elaboración propia

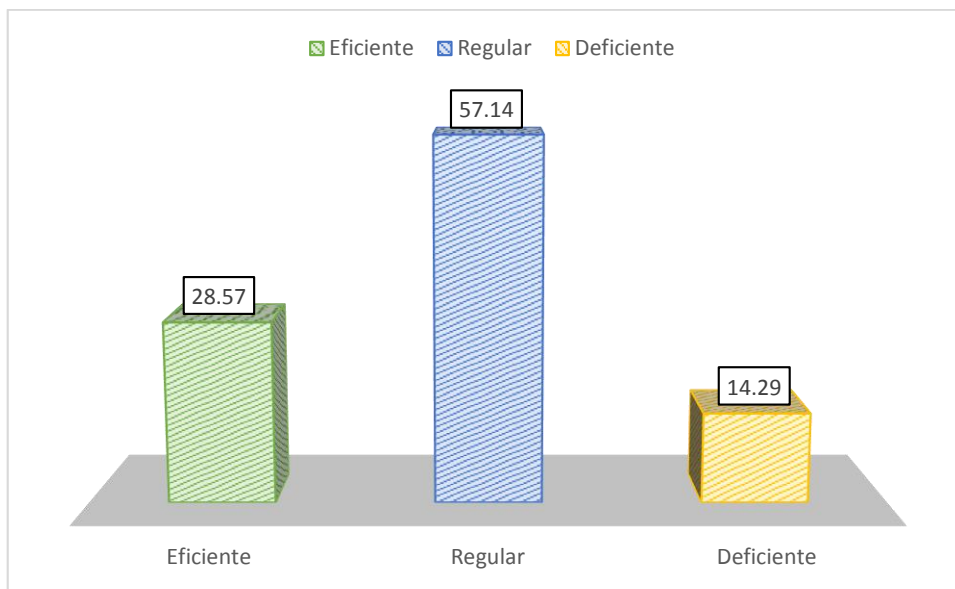


Fig. 10: Datos según la variable Políticas Públicas en Salud

Análisis e Interpretación: Según los datos obtenidos de los magistrados el 28.57% refiere que las políticas públicas en salud son eficientes, en cambio en un porcentaje del 57.14% refiere que son regulares en cambio hay un 14.29% que manifiesta que son deficientes.

Tabla 11

Distribución de datos según el indicador iniciación

Niveles	f	%
Eficiente	2	28,57
Regular	5	71,43
Deficiente	0	0,00
Total	7	100,00

Fuente: Encuesta de elaboración propia

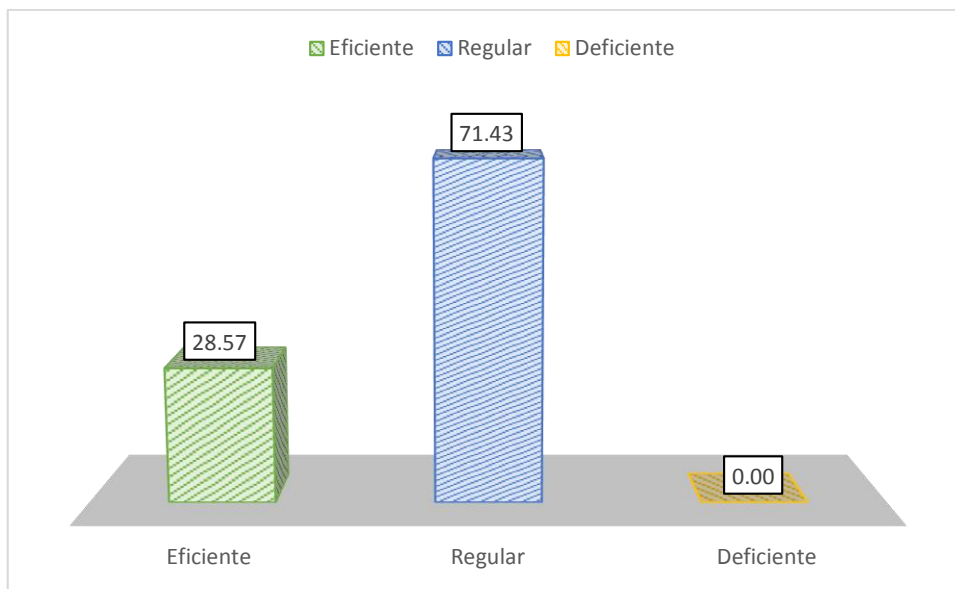


Fig. 11: Datos según el indicador iniciación

Análisis e Interpretación: Según los datos obtenidos de los magistrados el 28.57% refiere que las políticas públicas en salud en cuanto a su iniciación son eficientes, en cambio por otra parte el 71.43% refiere que en ese punto las políticas públicas en salud son regulares.

Tabla 12

Distribución de datos según el indicador implementación

Niveles	f	%
Eficiente	2	28,57
Regular	4	57,14
Deficiente	1	14,29
Total	7	100,00

Fuente: Encuesta de elaboración propia

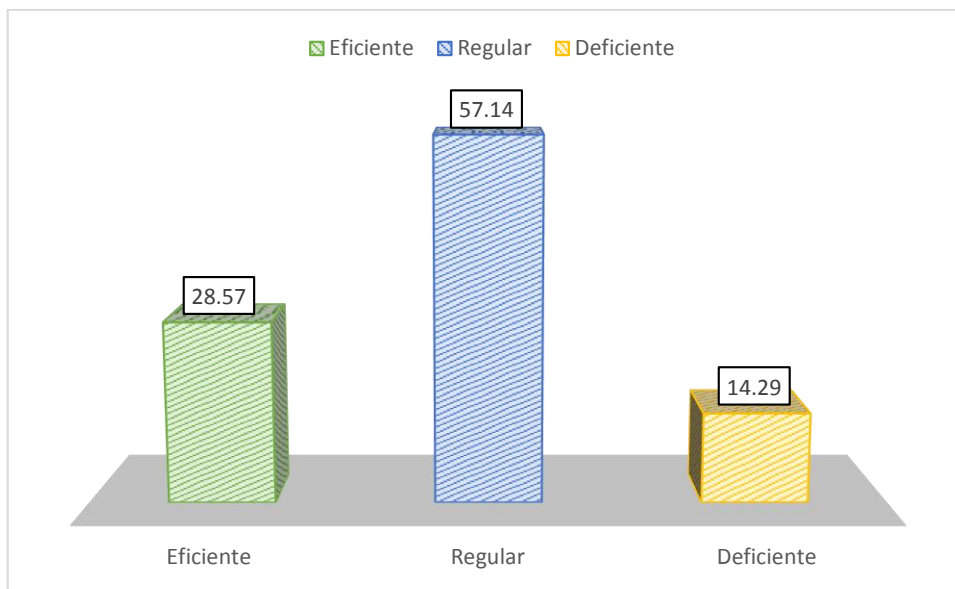


Fig. 12: Datos según el indicador implementación

Análisis e Interpretación: Según los datos obtenidos de los magistrados el 28.57% refiere que las políticas públicas en salud en cuanto a implementación son eficientes, por otro lado en un porcentaje del 57.14% refiere que son regulares en cambio hay un 14.29% que manifiesta que en este punto es deficiente.

Tabla 13

Distribución de datos según el indicador evaluación

Niveles	f	%
Eficiente	1	14,29
Regular	4	57,14
Deficiente	2	28,57
Total	7	100,00

Fuente: Encuesta de elaboración propia

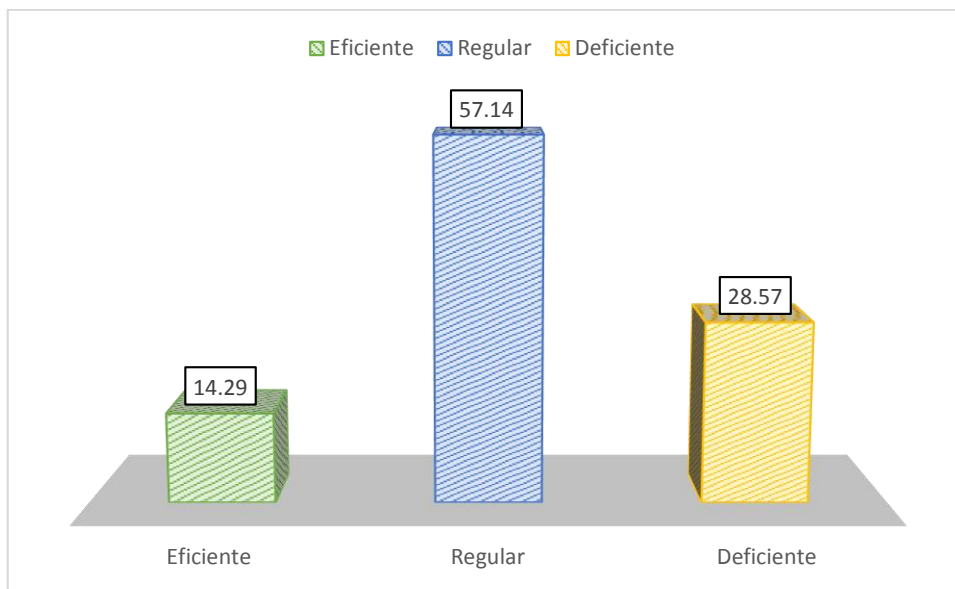


Fig. 13: Datos según el indicador evaluación

Análisis e Interpretación: Según los datos obtenidos de los magistrados el 14.29% refiere que las políticas públicas en salud en cuanto a evaluación son eficientes, por otro lado el 57.14% refiere que son regulares y el 14.29% manifiesta que en este punto es deficiente.

V. Discusión de resultados

5.1 Discusión

A través de los resultados obtenidos de los magistrados el 28.57% refiere que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional es eficiente, el 57.14% manifiesta o puntualiza que es regular en cambio hay un 14.29% que manifiesta que es deficiente. Así mismo el 28.57% refiere que las políticas públicas en salud son eficientes, en cambio en un porcentaje del 57.14% refiere que son regulares en cambio hay un 14.29% que manifiesta que son deficientes. Finalmente se concluyó que Las sentencias emitidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos, según la correlación de Spearman encontrada de 0.660, la cual es moderada y como informa la Tabla del SPSS (**) esta correlación es significativa, incluso a nivel de $p: 0.01.$, lo cual permite aprobar la hipótesis general y rechazar su nula.

En la cual estos resultados se contrastan con el estudio realizado por Morales (2017) quien analizó el Precedente constitucional vinculante y su aplicación por el Tribunal Constitucional del Perú. Se ha comprobado que la emisión de los precedentes constitucionales vinculantes se ha caracterizado por abordar temas coyunturales y de poca relevancia constitucional, demostrándose que la mayoría de temas regulados son de carácter legal. Se propone respetar y garantizar algunos criterios constitucionales para la emisión de los precedentes vinculantes: la función del TC de intérprete supremo de la Constitución, el acceso a la justicia, la finalidad de los procesos constitucionales, el recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales y la independencia judicial. Se concluye que el TC debe cambiar su interpretación y práctica para pasar de un precedente

rígido y autoritario a uno de tipo flexible y que se circunscriba a temas constitucionales, según los modelos de referencia (EE.UU., Colombia). Existiendo una concordancia con la presente investigación en cuanto a la importancia de mejorar la jurisprudencia del tribunal constitucional y que se preocupe en temas coyunturales como lo es la salud pública.

Así mismo en el estudio realizado por Gutiérrez (2013), El Sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional y la garantía de un proceso imparcial, Perú. En la cual luego de estudiar y analizar las bases teóricas de la naturaleza del Tribunal Constitucional, la regulación y los antecedentes de los procesos de elección de magistrados constitucionales en nuestro país, así como revisar los modelos correspondientes del Derecho Comparado; se pudo concluir en una estimación real de la hipótesis planteada, cual es que el actual modelo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional peruano no es adecuado para garantizar un proceso imparcial. La cual es de aporte para intensificar la importancia del papel que juega la jurisprudencia del tribunal constitucional en las políticas sociales que afecta a la población en temas importantes como la salud.

VI. Conclusiones

Primera: Las sentencias emitidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos, según la correlación de Spearman encontrada de 0.660, la cual es moderada y como informa la Tabla del SPSS (**) esta correlación es significativa, incluso a nivel de $p: 0.01$., lo cual permite aprobar la hipótesis general y rechazar su nula.

Segunda: Los tipos de Normas Constitucionales y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos, según la correlación de Spearman de 0.679 representado este resultado como moderado con una significancia estadística de $p=0.001$ siendo menor que el 0.01. Por lo tanto, se acepta la hipótesis específica 1 y se rechaza la hipótesis nula.

Tercera: Las Características Constitucionales esenciales y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos, según la correlación de Spearman de 0.661 representado este resultado como moderado con una significancia estadística de $p=0.001$ siendo menor que el 0.01. Por lo tanto, se acepta la hipótesis específica 2 y se rechaza la hipótesis nula.

Cuarta: El rol de la jurisprudencia constitucional y las Políticas Públicas en el sector Salud tienen una relación significativa en la mayoría de los casos, según la correlación de Spearman de 0.661 representado este resultado como moderado con una significancia estadística de $p=0.001$ siendo menor que el 0.01. Por lo tanto, se acepta la hipótesis específica 3 y se rechaza la hipótesis nula.

VII. Recomendaciones

Primera: El tribunal constitucional como precepto de los más importantes principios sobre las cuales descansan nuestra “Constitución” y la cual delimita el poder de una “Constitución normativa”, cuyos principios requieren de una mayor aplicabilidad material y de mejores controles institucionales para vigilar el cumplimiento de las políticas públicas en el sector salud.

Segunda: Los tipos de normas constitucionales deben ser los primeros mecanismos normativos para garantizar el principio de democracia de la mayoría, ello implica descartar tajantemente cualquier noción y práctica que reduzca la gestación de las políticas públicas de salud a través de la toma de decisiones y mecanismos que busquen preservar con eficacia estos principios democráticos.

Tercera: El control constitucional de las políticas públicas en el sector salud respondería a una práctica jurisprudencial que se sustenta, no en un derecho subjetivo, sino en la correspondencia que tienen dichas acciones con las características esenciales y la naturaleza prestacional de ciertos derechos fundamentales constitucionales, con el fin de la formulación e implementación de políticas públicas en el sector de salud eficientes,

Cuarto: Las políticas públicas en el sector salud, están sujetas a controles a partir de determinadas características de control inherentes al rol de la jurisprudencia constitucional, también consideramos que dicho control debe estar basadas sobre aspectos esenciales de la razonabilidad, pues no podemos dejar de lado los riesgos de una posible extralimitación judicial durante la práctica de este principio de control.

VIII. Referencias

Aguilar, L. (1996). *La hechura de las Políticas*. México, Edit. Porrúa.

Arias, F. (2006). *El proyecto de investigación: Introducción a la metodología científica*. (5° ed.) Venezuela: Edit. Episteme.

Arteaga, N. (2003). *El abatimiento de la pobreza en México*. Estado de México, Edit. Porrúa.

Baqueriso, C. (2007). *El bien común: Pensamientos, consejos y filosofía de la vida*. 2da. Ed. Guayaquil.

Barker, R. (2005). *La Constitución de Estados Unidos y su dinámica actual*. Lima, Edit. Grijley.

Barranco, M. (2011). *Constitucionalismo y función judicial*. Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley.

Caballero, J. (2000). *Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes*. México, Edit. Porrúa.

Cabrero, E. (2005). *Acción Pública y Desarrollo Local, Fondo de Cultura Económica*. México, Edit. Porrúa.

Cano, J. (1999). *Derecho Constitucional*. Madrid, Edit. Tecnos.

Carpizo, J. (2009). *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima, Editorial Jurídica Grijley.

- Castro, M. (2003). *El proyecto de investigación y su esquema de elaboración*. (2ª.ed.). Caracas, Edit. Uyapal.
- Cohen, E. y Franco, R. (1992). *Evaluación de proyectos sociales*. México, Edit. Porrúa.
- Conde, B. (2000). *La educación de los adultos desde la perspectiva de las políticas públicas, El Colegio Mexiquense*. México, Edit. Porrúa.
- Conde, E. (2006). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Edit. Ariel
- David, R. (1969). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid, Edit. Ariel
- Dunn, W. (1994). *Public Policy Analysis: an introduction*, University of Pittsburgh, New Jersey.
- Favoreu, L. (1994). *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona, Edit. Ariel.
- Ferrer, E. (2004). *Ensayos sobre derecho Procesal Constitucional*. México, Edit. Porrúa y CNDH.
- García, E. (1992). *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Editorial Porrúa.
- García, M. (2003). *El status del Tribunal Constitucional*. Madrid, Edit. Ariel
- Gonza, J. (2015). *Políticas Públicas del Estado para la Reintegración de víctimas de Trata de Personas con fines de Explotación Sexual en la Región Puno – 2015*. (Tesis de Licenciatura) Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Perú.
- Gutiérrez, M. (2013). *El Sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional y la garantía de un proceso imparcial*. (Tesis de Magíster) Universidad Nacional Mayor De San Marcos, Perú.

- Hernández, S. (2010). *Metodología de Investigación*. México: McGraw Hill.
- Hogwood, B. y A. Gunn (1984). *Policy Analysis for the Real World*. Oxford University Press.
- Kusek, J. y Rist, C. (2004). *Ten Steps to a Results-Based Monitoring and Evaluation System*. Washington: The World Bank.
- Lahera, E. (2004). *Políticas y políticas públicas*. Santiago de Chile, Edit. Cepal.
- Landa, C. (2000). *Justicia constitucional y political questions*. Madrid, Edit. Ceps.
- Landa, C. (2011). *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra Editores.
- Leibholz, G. (1979). *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- López, L. (2005). *El Tribunal Constitucional y el principio stare decisis*, Universidad de Extremadura, Madrid, Edit. Porrúa.
- Medina, A. y J. Mejía (1993). *El Control de la Implantación de la Política Pública*, Plaza y Váldes. México, Edit. Porrúa.
- Mejía, J. (2003). *La Evaluación de la Gestión y las Políticas Públicas*. México, Edit. Porrúa.
- Morales, H. (2017). *El precedente constitucional vinculante y su aplicación por el Tribunal Constitucional del Perú* (Análisis jurisprudencial de la última década 2005-2015). (Tesis de Magíster) Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Pereznieto, L. (1995). *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Editorial Harla.
- Rabotnikof, N. (2008). *Discutiendo lo público en México*. México. Edit. Fondo de cultura económica.
- Rezabal, J. (2008). *Políticas de inclusión social a la educación superior en Argentina, Chile y Perú*. (Tesis de Licenciatura). Universidad Latinoamericana de Ciencias Sociales - Sede Académica Argentina.
- Ruiz, C. (2004). *Políticas sociolaborales*. México, Editorial Harla.
- Ruiz, M. (2011). *Políticas Públicas en Salud y Su Impacto en el Seguro Popular en Culiacán, Sinaloa, México*. (Tesis de Licenciatura). Universidad Autónoma de Sinaloa, México.
- Schwabe, J. (2003). *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* Montevideo, Edit. Konrad.
- Simon, H. (1996). *La jurisdicción constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Subirats, J. (1994). *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración, Ministerio para las Administraciones Públicas*. Madrid, Edit. Porrúa.
- Tamayo, M. (1997). *El análisis de políticas públicas*. Madrid, Edit. Alianza.
- Uribe, A. (2008). *El Tribunal Constitucional, Universidad Autónoma del Estado de México*. México, Edit. Porrúa.
- Uribe, A. (2008). *El Tribunal Constitucional, Universidad Autónoma del Estado de México*. México, Edit. Porrúa.

Weiss, E. (1998). *La articulación de formas de dominación patrimonial, burocrática y tecnocrática: el caso de la educación pública en México*. México, Estudios Sociológicos.

Zagrebelsky, G. (2008). *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Roma, Edit. Trotta.

Ziccardi A. y H. Saltalamacchia (1997). *Metodología de evaluación del desempeño de los gobiernos locales en ciudades mexicanas*. México, UNAM.