

POLÍTICAS PÚBLICAS, NORMAS JURÍDICAS Y PAPEL DE LOS JUECES *

Public policies, legal norms and the role of judges

William Guillermo Jiménez Benítez**

Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, Bogotá, D.C.

RESUMEN

El advenimiento del Estado constitucional ha generado un cambio importante para la salvaguarda de los derechos fundamentales y un nuevo protagonismo de los jueces. El objetivo es establecer algunas aportaciones sobre el derecho y las políticas públicas en cuatro aspectos: 1. El enfoque de derechos y la necesidad de las políticas públicas; 2. La política pública y el control judicial; 3. El gobierno de los jueces y su papel en las políticas públicas; 4. Las políticas públicas como normas y la gerencia jurídica. Se utiliza el método cualitativo, con estudio descriptivo mediante la técnica de la revisión y análisis documental sobre fuentes secundarias y primarias. Se concluye que: a. Las políticas públicas son más que normas jurídicas; b. Su estudio y análisis es indispensable para la concreción de los derechos; c. Están sujetas al control constitucional aunque de manera más difusa, y d. El gobierno de los jueces es una resultante del Estado constitucional que conlleva cambios en la manera de adopción de algunas políticas públicas, ya que los jueces pasan de ser *veto players* a ser verdaderos *policy makers*.

Palabras clave: políticas públicas, normas jurídicas, papel de los jueces, control judicial, enfoque de derechos.

ABSTRACT

The advent of the constitutional state has generated a major change for protection of fundamental rights and a new role of judges. The paper's aim is to establish some inputs on law and public policy in four ways: 1) The rights approach and

Recepción del artículo: 2 de diciembre de 2012. Aceptación del artículo: 10 de marzo de 2013.

* Artículo resultado de investigación dentro de la línea «Políticas Públicas y gobernabilidad», del Grupo de Investigación *Política, derecho y gestión pública*, avalado por la Escuela Superior en Administración Pública -ESAP- reconocido por Colciencias, 2012.

** Profesor Titular de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP y la Universidad Libre. Correo electrónico: wjimen@yahoo.com.mx

the need for public policies, 2) Public policy and judicial control, 3) The government of the judges and their role in public policy, 4) Public policies as legal norms and the juridical management. It uses a qualitative method, with descriptive study using the technique of the revision and documentary analysis on secondary and primary sources. It is concluded that: a) Public policies are more than legal norms; b) Its study and analysis is essential for the realization of rights; c) Public policies are subject to constitutional control although more diffuse; d) Judge's government is a result of the constitutional state that causes changes in the way of some public policies adoption, because the judges go from being veto players to become real policy makers.

Key words: public policies, legal norms, role of judges, judicial control, rights-based approach.

1. INTRODUCCIÓN

El propósito del artículo es señalar algunos lugares comunes entre las aproximaciones jurídicas y politológicas sobre las políticas públicas, de cara a una mejor comprensión de la acción gubernamental. En este sentido, el problema de investigación es el siguiente ¿Cómo abordar el estudio de las políticas públicas mediante un enfoque que destaque los aspectos jurídicos de las políticas públicas, sin terminar en una mirada meramente legalista?

Respecto de la metodología, se utiliza el método cualitativo, con un estudio de tipo descriptivo mediante las técnicas de la revisión y análisis documental sobre fuentes secundarias (libros, artículos y documentos de la web) y primarias (sentencias y leyes). Se propone entonces, a manera de hipótesis de trabajo, que existen al menos cuatro puntos de controversia o de encuentro entre los estudios de políticas públicas y el derecho.

En primer lugar, están las aproximaciones a las políticas públicas desde el enfoque de derechos humanos. Dentro de esta perspectiva, existe una preocupación por la concreción real o material de las garantías y libertades establecidas en los textos jurídicos, especialmente en los pactos y tratados internacionales sobre derechos humanos y en la Constitución. Las reivindicaciones de grupos y colectivos minoritarios y tradicionalmente abandonados o discriminados ha conllevado a una creciente institucionalización o formalización jurídica acerca de sus derechos; sin embargo, cada vez hay más conciencia acerca que no basta al consagración legal o la positivación para el logro de tales derechos. Por ello, se deben incluir en la perspectiva los temas relacionados con el desarrollo y la gobernabilidad mediante procesos de diseño, formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas.

En segundo lugar, se encuentra el tema del control de legalidad (constitucional) y las políticas públicas. El punto consiste en la valoración que desde el derecho se puede hacer de una política pública; es decir, cuando la política se aparta del derecho a tal punto que una decisión pública o un programa público podría estar rayando los límites de la legalidad y trastocando el Estado de derecho. De esta manera, el control constitucional sobre las políticas públicas aparece como un campo de disputa entre por un lado el precepto jurídico, sus principios, valores y derechos (igualdad, legalidad, justicia, libertad, publicidad, etc.), y por otro, el contenido concreto de los programas de acción pública orientados por la dinámica política y la racionalidad administrativa.

En tercer lugar, está el asunto del llamado «gobierno de los jueces» y la garantía de derechos vía acciones constitucionales. El nuevo marco de la salvaguarda de Estado de derecho y la tutela de los derechos fundamentales, mediante acciones constitucionales y decisiones judiciales, conlleva un protagonismo de los jueces nunca antes visto. Esto trae consecuencias en las políticas públicas en su formulación, ejecución y control, así como en el análisis del entramado de actores.

Finalmente, se encuentra el tema de la política pública vista como un tipo de norma jurídica y su papel en la gerencia jurídica. Desde la disciplina jurídica, parece existir una tendencia a identificar las políticas públicas como directrices, una norma jurídica intermedia entre los principios y las reglas. De este modo, las políticas públicas pueden ser entendidas como programas de acción gubernamental que buscan la concretización de los derechos establecidos en los principios y valores constitucionales y que, desde el punto de vista de la norma jurídica, se legitiman mediante directrices.

2. EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS: NECESIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

El enfoque de los derechos humanos puede ser entendido como una nueva perspectiva para concebir y diseñar políticas públicas tendientes al desarrollo humano en el marco de un proceso de concertación entre Estado y sociedad civil. La médula del enfoque lo constituye la incorporación en la doctrina socio-jurídica, de los principios de *interdependencia e integralidad* de los derechos humanos: «*Los liberales verdaderamente comprometidos con la protección de los derechos de libertad, deben reconocer los derechos sociales como precondiciones para el ejercicio de todos los derechos. Por ello es que en la actualidad en lugar que derechos fundamentales y derechos sociales, se habla de derechos constitucionales fundamentales*» (García, 2012: 143). Esto quiere decir que unos derechos dependen de otros, que la lesión de tal derecho afecta a otro al que está conexo, que la concreción

de un determinado derecho se relaciona con la satisfacción de otro, etc. (Jiménez, 2007).

Lo anterior, lleva a otra característica de la perspectiva de derechos humanos, y es la preocupación por la materialización, concreción o garantía de los derechos y libertades consagrados positivamente en las normas jurídicas.

De otra parte, en el enfoque de derechos humanos es importante diferenciar entre los *derechos humanos* entendidos como resultado-FIN, es decir, como aspiración (objetiva) y exigencia (subjética) a lograr u obtener el bien jurídicamente reconocido, y el *Enfoque de los derechos humanos*, entendido como proceso-medio, como “forma de ver” y “manera de hacer” para lograr la concreción de esos derechos. Algunos elementos presentes en el enfoque de los derechos son los siguientes:

- La transversalidad en la concepción de los derechos humanos en todos los ámbitos del Estado y la sociedad (Bernaes Ballesteros, 2004).
- Principio de no discriminación y de inclusión para la universalidad.
- Principio de dignidad humana. Énfasis no tanto en las estructuras sociales sino en las personas y sus relaciones (Guendel, 2002).
- Principio de la democracia. Participación activa, informada y protagónica en todos los niveles del proceso de toma de decisiones.
- Corresponsabilidad de todos los actores involucrados, distinguiendo «sujetos de derechos» de «sujetos de obligaciones» o deberes.
- Predominio de la esfera pública, la deliberación democrática y la resolución pacífica de conflictos.
- Primacía de lo local en el ejercicio y realización de los derechos, dado que las acciones se dirigen a la efectivización y realización de los derechos en las concretas realidades (Tejada Pardo, 2004).

Una de las consecuencias del enfoque de los derechos humanos ha sido la importancia concedida a las políticas públicas como el medio idóneo para la materialización de los derechos. Las políticas públicas juegan un papel central en los procesos de derechos humanos. En efecto, la creciente institucionalización de las sociedades evoluciona hacia un tipo de fórmulas que traducen las reivindicaciones por derechos humanos, más allá de la mera positivación y reconocimiento formal, para pasar a la exigencia plena de las mismas mediante

acciones gubernamentales. A este propósito, Calvo García recuerda respecto de las posibilidades del derecho útil o regulativo, lo siguiente: “... *la realización del derecho útil o regulativo solo es concebible en términos de ejecución de políticas públicas encaminadas a conseguir resultados acordes con valores, objetivos e intereses sociales*” (2005: 11; subrayado fuera del original).

Hay que recordar que la mayoría de políticas públicas surgieron como respuesta a las demandas sobre derechos económicos y sociales (derechos promocionales)¹, que son los derechos que hacen posible la concreción de otros derechos como los civiles y políticos. Por esto, la atención sobre el campo de las políticas públicas por parte de los promotores de derechos humanos es apenas obvia y necesaria.

El debate desde el derecho ha estado guiado por el alcance en la interpretación de los derechos fundamentales, distinguiéndose dos tendencias:

- a. Una corriente en la cual los derechos fundamentales deben interpretarse según el momento histórico de la voluntad de quienes hicieron la Constitución; por ello estos derechos serían derechos de defensa únicamente (es decir, derechos civiles y políticos).
- b. Otra, en la cual los derechos fundamentales deben asegurar un mínimo de bienestar, debido al cambio de la situación de los asociados en la sociedad industrial. Por lo tanto, deben comprender tanto derechos de defensa como derechos de prestación (es decir, incluir también derechos económicos y sociales).

La última interpretación está acorde con un enfoque o perspectiva de derechos y los fallos de la Corte Constitucional han vinculado de alguna las dos tendencias al tutelar derechos prestacionales ya sea vía conexidad o vía bloque de constitucionalidad. En todo caso, se nota la preocupación por la materialización de tales derechos fundamentales: “*La pregunta por la interpretación correcta de los Derechos Fundamentales se conecta con la discusión filosófica sobre la interpretación de textos y la justificación de juicios normativos que son imprescindibles en el proceso de concreción de las disposiciones...*” (Arango, 2005, p. 37; subrayado fuera del original).

1 El caldo de cultivo para los estudios de políticas públicas fue precisamente la ejecución de masivos programas sociales y económicos de la segunda postguerra que tendían a la reconstrucción, reactivación económica y a la consagración de los DESC, con una fuerte intervención estatal y con el espíritu de forjar el bienestar de los asociados. Por ello el *Welfare State* es el escenario que permitió la aparición de la mayoría de políticas públicas, que hasta entonces no existían como tales (Meny y Thoening, 1992).

Entonces, los estudios sobre el enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas llegan a la siguiente conclusión: los derechos humanos se constituyen en el fundamento ético de la formulación y ejecución de políticas públicas. Esto quiere decir que los derechos humanos son el objeto mismo de las políticas públicas en la medida en que estas se dirigen a la concreción, protección o defensa de situaciones socialmente relevantes que implican violación o vulneración de derechos humanos (Garretón, 2004; Bucci, 2002; Bernales Ballesteros, 2004).

Lo anterior también es palpable en los estudios e investigaciones sobre derecho, en los cuales aparece cada vez con mayor frecuencia, la necesidad de estudiar los procesos de políticas públicas, debido a que es mediante la prestación de servicios públicos y la realización de programas de intervención y regulación pública, como se materializan los derechos, y no tanto con la mera regulación o adopción de determinado marco jurídico el cual puede quedar vacío de contenido, como muchas veces sucede.

3. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y EL PRECEPTO JURÍDICO: EL CONTROL JUDICIAL

En este punto se ubica la relación entre la política y el derecho y sus mutuas correlaciones. Quizá Bobbio (1985) ha presentado uno de los mejores planteamientos sobre el tema al señalar que el derecho convierte una relación de hecho en una relación que genera derechos y obligaciones; es decir, hace del mandar un derecho y de la obediencia un deber, legitimando de esta manera al poder político.

En la teoría del derecho como en la teoría política, hay un acuerdo en establecer que la política determina al derecho. Sin embargo, esto no significa que el gobernante o funcionario pueda a discreción cambiar el derecho, puesto que esta es la característica básica del Estado de derecho: una vez establecida la norma jurídica el gobernante debe someterse a ella mientras esta se encuentre vigente. Mientras tanto, el derecho adquiere autonomía e independencia de la política y se convierte en un límite a la actuación de los poderes y autoridades públicas. Por esto, se explica la diferencia entre los funcionarios y los ciudadanos comunes y corrientes, estos pueden hacer todo lo que no prohíba la norma jurídica, en cambio aquéllos además de lo anterior, sólo pueden hacer lo que les es permitido.

Ahora bien, los mecanismos que aseguran el sometimiento de las decisiones de los funcionarios públicos al orden jurídico, son diversas formas de control como el disciplinario, el administrativo y el control de legalidad que realizan

funcionarios judiciales. La adopción del Estado social y la constitucionalización del derecho han reforzado el control constitucional que realizan los jueces y tribunales sobre las normas jurídicas expedidas ya por el legislativo, ya por el ejecutivo.

Desde mediados del siglo XX se asistió a un desarrollo extraordinario del derecho Constitucional, en especial por la catástrofe de la Segunda Guerra mundial y las actuaciones de los nazis que se amparaban en una presunta legalidad, lo cual ha conllevado a una desconfianza o desvalorización de los parlamentos y los gobiernos que con decisiones coyunturales pueden atentar contra los derechos fundamentales; surge así el llamado “Estado constitucional” cuyas características *grosso modo* son las siguientes: a) Adopción de constituciones rígidas, difíciles de cambiar; b) Supremacía de la constitución y los derechos fundamentales; c) Aplicación directa de las normas constitucionales; d) Establecimiento de un tribunal constitucional como guardián de la constitución frente al asedio del legislativo y el ejecutivo; e) Modificación del sistema de fuentes del derecho y el reequilibrio de los poderes (peso importante de la jurisprudencia y el poder judicial); f) La fuerza vinculante a la jurisprudencia y doctrina de los tribunales constitucionales en su labor de control y tutela de derechos, tanto en su parte considerativa (argumentos, interpretación) como en la resolutive (decisión); g) El pluralismo jurídico al aplicar criterios extra sistémicos de interpretación de los principios, valores y reglas constitucionales (neoconstitucionalismo). Una de las consecuencias es el mayor protagonismo de los jueces y tribunales pues sus fallos trascienden a los ámbitos políticos y económicos, revalorizando la jurisprudencia como fuente de Derecho.

Las políticas públicas no escapan a todo esto dado que buena parte de ellas se expresan o manifiestan mediante leyes, decretos u otro tipo de regulaciones que se mantienen durante las diferentes fases del proceso; en este sentido, el ámbito de acción de las políticas parece encontrar límites en los principios, valores y derechos fundamentales establecidos en la constitución o en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Son los jueces quienes valoran el contenido de las políticas frente al núcleo esencial de los derechos fundamentales de la Constitución y en esta labor, la interpretación sobre el alcance de las normas constitucionales frente a las políticas públicas, es determinante a la hora del control constitucional. Por ello, no es de extrañar que algunas medidas políticas sean vistas con recelo desde el derecho cuando contravienen normas superiores y se convierten en meros instrumentos de consolidación y defensa de intereses grupales, pero en todo caso, está el recurso al control de legalidad y otro tipo de controles (incluido el político y el ciudadano).

Pero ¿hasta dónde la potestad legislativa y ejecutiva encuentran límites en principios y valores constitucionales? y ¿de qué manera las decisiones de

políticas públicas se encuentran afectadas por el control judicial? Es evidente que los derechos fundamentales imponen límites a la actuación tanto de las autoridades como de los particulares, en este sentido cualquier norma jurídica o actuación contraria a estos derechos, será nula y generará la correspondiente responsabilidad por la lesión o daño causado. Sin embargo, en el caso de las políticas públicas, hay que tener presente que éstas son mucho más que meras normas jurídicas y actuaciones de funcionarios públicos, sobre todo si las consideramos como una resultante del juego político de diversos actores con intereses e ideas en busca de soluciones, respuestas o tratamiento a ciertas situaciones consideradas de relevancia pública.

Esta circunstancia hace que el control judicial, especialmente el control constitucional y de legalidad, sean más difusos e indirectos sobre las políticas públicas. Debido a la interacción y el juego democrático, las políticas públicas pueden situarse al inicio de la cadena y modificar el derecho para el logro de los objetivos políticamente determinados. La política determina al derecho, esto es muy cierto, pero en el Estado constitucional, existe un núcleo de derechos y principios con protección reforzada que toda política pública no puede desconocer, a menos que mediante un gran movimiento de las fuerzas políticas, se cambie la Constitución y los fundamentos en ellas establecidos.

Para ilustrar un poco el tema, la Corte Constitucional colombiana mediante Sentencia C- 609 de 1996, M.P. Alejandro Martínez y Fabio Morón Díaz, señaló para el caso del derecho penal, cuáles eran los límites al legislativo, frente a los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente:

Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados -particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado (Subrayado fuera del original).

Y frente la política criminal, señaló la discrecionalidad de la actividad política para fijar mediante el proceso democrático, el contenido de la misma:

Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades

propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) e igualmente modifica el procedimiento, y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual, dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal y del proceso penal (subrayado fuera del original).

4. EL GOBIERNO DE LOS JUECES: GARANTÍA DE DERECHOS VÍA ACCIONES CONSTITUCIONALES

Como se había adelantado, el cambio en fuentes del derecho otorga fuerza vinculante a la jurisprudencia de los tribunales Constitucionales y los jueces; esto trae un cambio en el equilibrio de poderes y en especial el papel de las Altas Cortes, las cuales se convierten en órganos activos que colaboran con el legislativo y el ejecutivo en la formulación y evaluación de políticas públicas.

Los fallos proferidos al realizar el control de constitucionalidad, y pero sobre todo, los fallos que resuelven tutelas y otro tipo de acciones constitucionales como las acciones populares y la acción de cumplimiento, han catapultado la importancia de los jueces ya que sus pronunciamientos tienen implicaciones de orden jurídico, económico, social y político. De esta manera, los funcionarios judiciales al amparar los derechos fundamentales se han convertido más allá de ser simples actores de veto: son verdaderos *policy makers*. Y esto parece que no podría ser de otra manera, dado que al resolver las tutelas (para derechos fundamentales) o las acciones de grupo (para derechos colectivos), los jueces deben realizar un análisis de la situación concreta denunciada frente a los preceptos (principios y valores) constitucionales y dictar una sentencia en el sentido que produzca efectos para remediar o corregir una acción pública en aras de restablecer el derecho fundamental o colectivo menoscabado, o prevenir y detener los daños causados.

Lo anterior ha llevado a que los fallos contengan directrices de política pública, que en la tradicional división armónica de poderes correspondería fijar al ejecutivo o al legislativo, pero que dado que existe un derecho fundamental comprometido, pasa el asunto a ser competencia también del poder judicial. Existen algunos ejemplos claros en Colombia sobre el particular, como el caso de la política de atención a la población desplazada y la política carcelaria, en las cuales la Corte Constitucional al fallar acciones de tutela, ha tenido que declarar un “estado de cosas inconstitucionales”, y mediante sentencias y autos

ha definido unas directrices de políticas y un programa de actuación de las autoridades administrativas, pues según la Corporación: “En un Estado Social de Derecho las autoridades tienen la obligación de corregir las desigualdades sociales, facilitar la participación de los sectores débiles y vulnerables, y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la población” (Sentencia 251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez)².

En otros casos la Corte ha exhortado al Congreso para que expida o modifique leyes necesarias para el desarrollo de las políticas públicas y la garantía de los derechos fundamentales; y también se conoce el caso de un tribunal de menor jerarquía que ordenó a autoridades de diferente nivel territorial, adelantar las acciones coordinadas para atender la contaminación del Río Bogotá.

Además, se debe considerar el hecho que los efectos de estas sentencias se han extendido desde las partes involucradas (inter partes) hacia un conjunto más amplio de afectados; en el caso concreto de los fallos de tutela sobre estado de cosas inconstitucionales, los efectos se aplican a todas aquellas personas que se encuentren en la misma situación, así estas personas no hayan interpuesto la tutela, esto para proteger su derecho a la igualdad de trato. Por estas razones, los efectos de los fallos terminan involucrando a un gran número de personas e incidiendo en la reformulación de los planes y programas públicos de prevención, atención y reparación, según el caso.

Entonces existe un fenómeno en el cual se podría hacer el siguiente interrogante: ¿tendencia a la judicialización de la política, o más bien, es un fenómeno de politización de la justicia? La respuesta a la luz de lo analizado y los cambios en el derecho, es que efectivamente hay una judicialización de las políticas públicas en el sentido que como ya se dijo, las políticas públicas no pueden contradecir los principios y derechos fundamentales fijados en la constitución y por otro lado, los fallos judiciales de manera inevitable “salpicarán” a otras esferas más allá de lo estrictamente jurídico, como la economía o la política ya que la protección y garantía efectiva de los derechos no se agota en el derecho mismo.

En cuanto a la politización de los jueces y la justicia, parece ser un enunciado que carga un alto grado de ironía e incompreensión. Si es en el sentido que

2 La doctrina del «Estado de cosas inconstitucionales» es una elaboración propia de la Corte Constitucional y por lo tanto, una contribución del derecho colombiano para el mundo; este enfoque surge en 1997 como respuesta judicial para reducir la brecha entre los derechos reconocidos constitucionalmente y la realidad de un país caracterizado por la desigualdad, la exclusión y violación de derechos humanos. Para mayor profundidad ver García (2012).

mediante los fallos judiciales se decidan cuestiones que tradicionalmente son resorte de la política (Congreso y ejecutivo), no ha duda que hoy los jueces deben decidir sobre aspectos sociales y económicos dentro de la interpretación jurídica de los derechos fundamentales y la apreciación de los hechos. Ante esta realidad, se ha criticado a la Corte Constitucional en el sentido que está co-legislando o co-gobernando y se escuchan voces para limitar sus competencias; algunos señalan que debido a que los magistrados no son de elección popular, entonces no tienen legitimidad política o popular para contradecir las decisiones del legislativo o del ejecutivo. Con todo, hay que tener siempre presente que en las democracias contemporáneas, no se trata solo de asegurar la voluntad popular mayoritaria sino también de proteger los derechos y libertades, y en este sentido, los derechos y libertades fundamentales deben protegerse de los avatares de la política electoral y encargarse a una rama judicial autónoma e independiente:

El propósito mismo de una Declaración de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones (Robert Jackson, citado en García, 2012: 151).

En cambio, si de lo que se trata es que los jueces mediante sus fallos toman decisiones basados en consideraciones no jurídicas, (es decir, no soportadas en derecho), entonces habría una politización negativa de los jueces y tribunales. Sin embargo, la experiencia enseña que ya en el pasado muchas decisiones judiciales han tenido esta característica y no por ello se habló de “gobierno de los jueces”, o de “politización de la justicia” en los términos en que se está realizando ahora.

Frente al papel de los altos tribunales y los jueces en los procesos de políticas públicas, se pueden identificar tres tipos de posturas (García, 2012):

- a. Una que se opone a que las Cortes diseñen políticas públicas, siguiendo a hurtadillas la división clásica de los poderes.
- b. Otra posición considera que las Cortes tienen distintos grados de participación en el diseño de políticas públicas.
- c. Una tercera limita la injerencia de las Cortes a aquellos aspectos que no son económicos, pues considera que los jueces no tienen conocimiento técnicos sobre estas materias y pueden con sus fallos romper el equilibrio fiscal.

Finalmente, queda la cuestión acerca de la relación entre el ordenamiento jurídico y las decisiones políticas. La manifestación del problema es la tendencia política de cambiar el ordenamiento jurídico para resolver problemas sociales o económicos (fetichismo legalista); de esta manera se ha instaurado una política pública de carácter legal-reformista, que quiere resolverlo todo a punta de reformas legales; es la tarea de fácil de creer que la ley lo arregla todo, y ante la opinión pública se tiende a mostrar como un gran logro, la aprobación de una determinada norma o un proyecto de ley, como si con esto se solucionara el problema. Son conocidas las limitaciones de esta orientación y pesa sobre ellas la idea de confundir las políticas públicas con las normas jurídicas. Sin embargo, las políticas públicas están compuestas por diversidad de recursos (la norma jurídica es uno de ellos), variedad de actores e intereses, diversidad de ideas y una amplia gama de instituciones involucradas.

El debate reciente sobre el reformismo, ha enfrentado dos posiciones o racionalidades: el neoliberalismo frente al constitucionalismo. El primero tiene una mirada economicista y promueve los principios del equilibrio y la regla fiscal en la actuación del Estado, y está promovido en gran medida por las medidas del Congreso y el gobierno; el segundo es garantista y principialista centrado en el goce de los derechos fundamentales, es promocionado por la Corte Constitucional y los jueces. En el primer caso se podría ver la «razón de Estado» y en el segundo la «razón pública», que propone Roth (2006) en su estudio sobre la política pública de los derechos humanos en Colombia. Las preguntas por resolver son las siguientes: ¿hasta dónde los jueces con sus fallos desbordan la capacidad financiera del Estado?, ¿La globalización y el neoliberalismo son contrarios a la materialización de los derechos fundamentales de la Constitución?, ¿Es viable el estado social de derecho basado en la garantía de los derechos fundamentales? (Ramírez, 2012).

5. POLÍTICA PÚBLICA, NORMAS Y GERENCIA JURÍDICA

5.1. Las políticas públicas como directrices

Uno de los elementos básicos de las políticas públicas es su carácter *normativo* (Mèny y Thoenig, 1992), este carácter normativo de las políticas genera el elemento de *coerción* que ha dado lugar a la formulación de una tipología de políticas según su mayor o menor grado de obligatoriedad (Lowi, 1964). La acción pública está encuadrada dentro de un Estado de derecho en el cual, de alguna manera se “juridifica” la vida social, en primer lugar, adoptando una Constitución que limite el poder público y someta a sus autoridades al “imperio de la ley”; en segundo lugar, otorgando la carta de derechos y libertades ciudadanas, y en tercer lugar, desarrollando un ordenamiento normativo positivo

compuesto de un conjunto de normas (leyes, decretos, resoluciones, tratados internacionales, etc.) coherentes, armónicas y jerárquicas entre sí, que forman un sistema unitario.

Este ordenamiento jurídico es la manifestación del Derecho, el cual se concreta en normas jurídicas, las cuales se diferencian de la norma simple en que contienen un imperativo de conducta que debe observarse so pena de una sanción, garantizada incluso, por el posible uso de la coerción. La norma jurídica es entonces, un conjunto de enunciados o proposiciones que prescriben o prohíben conductas, que otorgan derechos y generan obligaciones y cuya obligación viene impuesta a sus destinatarios; entre sus características están la de ser abstractas, generales e imperativas.

Con el advenimiento del Estado social de derecho, el despliegue interventor y la función de bienestar, la acción pública se transformó de lo meramente reguladora hacia una función más dinámica, proveedora y ejecutora de bienes y servicios públicos. El derecho cambió de una función meramente declarativa (derechos fundamentales) a otra de carácter promotora (derechos promocionales), que es la utilización del derecho como medio, orientado a la consecución de fines, y enriquecido por criterios de índole material (económicos, políticos, axiológicos, étnicos, técnicos, etc.).

La primera mudanza que provoca este derecho regulativo tendría que ver con la propia utilización del derecho como medio para la realización de políticas -intervencionistas- orientadas a la promoción de fines, valores e intereses sociales. En segundo lugar, como consecuencia de este intervencionismo y la consiguiente “materialización” del derecho se produce un aumento de la complejidad de su estructura y de contenido, así como de las dinámicas jurídicas mediante las que se realiza (Calvo García, 2005:10; subrayado fuera del original).

En este contexto, las normas jurídicas que se habían clasificado tradicionalmente en dos (principios y reglas), se ha complementado con otras: los valores y las directrices. En cuanto a los principios, estos han ganado importancia reciente gracias a la justicia constitucional en donde son usados profusamente para la solución de controversias complejas y difíciles; los principios pueden ser considerados como normas amplias que regulan casos de propiedades generales; normas que expresan valores superiores (por ello se basan en criterios extra jurídicos como la filosofía, la política o la ética); como norma programática para perseguir determinados fines y como enunciado general que permite sistematizar el ordenamiento jurídico. Igual que las reglas, contienen un mandato imperativo, exigible y son de aplicación directa (Quinche, 2010, p. 45). Un ejemplo lo constituye el principio de *presunción de buena fe* o el de *abuso del derecho*. Respecto de las reglas, estas son normas que establecen pautas o criterios

de conducta y que exigen un cumplimiento pleno; sin embargo, se caracterizan en que contienen supuesto de hecho y de conducta cerrada o concreta, es decir, constan de un hecho jurídico y de una consecuencia jurídica precisa, como por ejemplo los tipos penales establecidos en el código penal. Respecto de los valores, estos se hallan vinculados con los principios y no son normas que establezcan una obligatoriedad vinculante o una aplicación directa para resolver un asunto concreto, sino que son enunciados cuya utilidad es cardinal en la hermenéutica jurídica, al ser usados para resolver un problema de interpretación en el cual está en juego del sentido del derecho. La Corte Constitucional colombiana señala como ejemplos, los valores de la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad, la paz, etc, señalados en el preámbulo, así como los valores vinculados a los fines del Estado como lo son el servicio a la comunidad, la prosperidad y la efectividad de los principios, derechos y deberes. En cuanto a las directrices, estas se identifican como normas intermedias entre los principios y las reglas, con carácter vinculante y general, y que se concretan en políticas públicas (ver cuadros 1 y 2).

Ahora bien, se había acordado que el *derecho útil* (García Calvo, 2005) es un derecho orientado al logro de fines, solo concebible en términos de procesos de implementación de políticas públicas; de otro lado, el derecho es norma jurídica (principios, reglas y directrices), pero son precisamente las directrices, las que permiten la concreción de principios y reglas; por lo tanto, se pueden entender las directrices como políticas públicas. Dos son las exigencias que se desprenden de lo anterior:

- La estructuración de estrategias, planes y mecanismos, tanto jurídicos, políticos, administrativos y financieros, que posibiliten la transformación de los objetivos y fines, en procesos de formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas. Este punto lleva necesariamente al tema de la *governabilidad*, entendida en sentido general como la capacidad para formular y ejecutar políticas públicas como respuesta a necesidades y demandas sociales dado que, como se había indicado, las directrices están en cabeza del ejecutivo, esto es del gobierno y de sus agencias respectivas.
- La flexibilización de estructuras, regulaciones y procedimientos de intermediación entre las diferentes organizaciones y actores sociales públicos y privados, para posibilitar la construcción de acuerdos, consensos y apoyos imprescindibles para los procesos de políticas públicas. En este punto se ubican las discusiones sobre la *governanza*.

En conclusión, las políticas públicas pueden ser entendidas como programas de acción gubernamental que buscan la concreción de los derechos establecidos en los principios constitucionales, de conformidad con una perspectiva de derechos humanos, y que desde el punto de vista de la norma jurídica, se legitiman mediante directrices.

Cuadro 1. Tipos de normas jurídicas.

Principios	Valores	Reglas	Directrices
<ul style="list-style-type: none"> • Normas con un alto grado de generalidad y que contienen un mandato de optimización o perfectibilidad a realizarse. • Proveen referencia de sentido al sistema normativo. • Son criterio para comprensión e inteligencia de las demás normas. • Determinan el alcance de las reglas. • Son proposiciones que describen y consagran derechos. • Resuelven casos difíciles, en los que la conducta o situación desborda el precepto jurídico. • Conflicto entre principios, se resuelve ponderando. • Conflicto entre principios y otro tipo de norma; prevalece el principio. • Generalmente están en manos de magistrados de las altas cortes. • Ejemplo: Principio de prevalencia de los derechos fundamentales; la democracia, el pluralismo, etc. 	<ul style="list-style-type: none"> • Normas que no establecen una obligatoriedad, pues no se aplican a casos concretos. • Sirven para establecer el sentido del derecho, en situaciones hermenéuticas complejas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Normas con alto grado de particularidad y se mueven en ámbitos de opciones privadas. • Permiten estructurar los planes de vida. • Señalan disposiciones de conducta. • Se agotan en sí mismas. • Están supeditadas a los principios. • Resuelven casos fáciles, aplicando precepto a conducta que encuadre dentro del silogismo. • En caso de disputa con principio, prevalece principio. • Generalmente están en manos del poder legislativo • Ejemplo: códigos en general, civil, penal, comercial, laboral, de policía, disciplinario (sin perjuicio que estos códigos puedan contener principios declarados expresamente) 	<ul style="list-style-type: none"> • Normas que se refieren a políticas públicas; es decir, a orientaciones para la acción pública. • Son proposiciones que describen objetivos y fines a ser alcanzados (teleológicas). • Complementan y llenan los espacios normativos entre principios y reglas. • Concretan los principios y las reglas en planes y programas de acción. • Permiten operacionalizar los derechos humanos. • En disputa con regla se impone la directriz, en principio. • Generalmente están en manos de autoridades administrativas (ejecutivo). • Ejemplo: Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (2006)

Fuente: Elaboración propia.

Cuadro 2. Relación entre principios y derechos.

Principios	Derechos
Libertad	Derechos civiles y políticos.
Igualdad	Derechos económicos, sociales y culturales (DESC).
Fraternidad	Derechos colectivos (autodeterminación, desarrollo, medio ambiente, paz).

Fuente: Adaptación de Tejada Pardo (2004).

Esta aproximación trae ventajas y desventajas. Entre los puntos positivos están por ejemplo, la posibilidad de establecer mayores niveles de coerción para su cumplimiento, la valoración acerca de su validez, legitimidad o eficacia. Sin embargo, hay elementos negativos o problemáticos tales como el riesgo de reducción de la política pública a la mera norma jurídica, como es común en los análisis de políticas en nuestro medio; en este sentido, la mayoría de políticas se institucionalizan mediante normas jurídicas (dado que esto permite a las autoridades actuar, asignar presupuestos y funciones, etc.), pero esto no significa que la política pública es la norma jurídica: es un momento de ella, una manifestación jurídica necesaria pero no suficiente.

De otro lado, está la dificultad de operativizar el concepto de “directriz” como un tipo específico de norma jurídica intermedia entre los principios (y valores superiores) y las reglas; es decir, se debe considerar que las políticas públicas pueden contener reglas y principios a la vez; en otras palabras, el derecho no se manifiesta de manera separada a través de principios, reglas y directrices, porque lo usual es que un mismo texto jurídico como una constitución, un tratado internacional, una ley o un decreto determinado, contengan tanto principios como reglas³. En este sentido, identificar las directrices de los principios y las reglas, para llegar a la conclusión que allí es donde se encuentran las políticas públicas, parece un tanto absurdo, pues las políticas públicas contienen objetivos y pautas de acción que podrían ser consideradas como principio y reglas jurídicas.

3 En el caso de los derechos fundamentales por ejemplo, estos se han concebido reglas cuando no se distinguen esencialmente de otras normas del ordenamiento jurídico y protegen ciertas posiciones de los individuos frente al Estado, y como principios, cuando además de proteger ciertas posiciones están conectadas con ciertos valores de carácter ético, político o moral imprescindibles para el funcionamiento de la democracia (Robert Alexy, citado en Grajales, 2011).

5.2. La gerencia jurídica pública y las políticas públicas judiciales

La gerencia jurídica es un concepto relativamente nuevo que se ha venido introduciendo luego de la constitución de 1991, el desarrollo del garantismo jurídico y la mayor intervención social del Estado. Se basa en dos ejes fundamentales: a) La prevención del daño antijurídico y b) La mejora en defensa judicial del Estado. La gerencia jurídica pública se considera un modelo -MGP-, el cual se puede definir como: *“Un instrumento de gestión jurídica que se caracteriza por definir marcos de política transversales a toda las entidades y organismos que ejercen labores jurídicas, con miras a definir estrategias...”* (Ministerio del Interior y de Justicia y World Bank, 2010: 249).

Los elementos estructurantes del MGP son tres: a) Los sistemas de información, b) Las políticas públicas en lo jurídico y c) El cuerpo de abogados del Estado (Aviar H., López, D. y Rodríguez, C. (sf); Ministerio del Interior y de Justicia y World Bank, 2010). Este modelo ha servido de guía para la formulación de la política en el sector a nivel del Distrito Capital de Bogotá y a nivel nacional, el Ministerio del Interior, hoy con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En lo que respecta a las políticas públicas en materia judicial, cada vez existe mayor conciencia en relacionar los aspectos de gestión administrativa con los requerimiento de la administración de justicia propiamente dicha; en otras palabras, el diseño y formulación de políticas públicas judiciales es una importante herramienta para el logro de objetivos en materia judicial: *«... no necesariamente la creación de cargos o las modificaciones legales generan “per se” respuestas a la congestión y a la calidad, sino que es preciso analizar el contexto organizacional y los flujos pertinentes»* (Younes Moreno, et.al., 2006: 31).

El componente de gerencia o de gestión significa la posibilidad de planear, organizar, controlar y dirigir las actividades jurídicas de la defensa del Estado, introduciendo elementos de racionalidad administrativa y económica, de prevención y la atenuación del daño. Todo ello, estructurado en programas de acción o políticas públicas para el sector judicial.

6. CONCLUSIONES

Desde el enfoque de derechos humanos, el estudio y comprensión de las políticas públicas se ha hecho imprescindible dado el énfasis en la concreción de derecho más que en su consagración positiva; de esta manera, los interesados en los derechos humanos deberán preocuparse por el análisis y formulación de

políticas, ya que son las que efectivizan los derechos y libertades. La razón de ser de las políticas públicas es la materialización de los derechos y a ello deben estar dirigidas.

El control de constitucionalidad y de legalidad es más difuso e indirecto sobre las políticas públicas, debido a que éstas son el resultado de la interacción del juego democrático y político; sin embargo, se aprecia una mayor injerencia por parte del derecho en especial los derechos fundamentales, que deben ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar y ejecutar las políticas públicas.

El gobierno de los jueces es algo ineluctable en la actual concepción del Estado constitucional o de una justicia constitucional. Ello se hace palpable a través del control constitucional y sobre todo en los fallos sobre acciones constitucionales (tutela, acciones populares y de grupo, acción de cumplimiento, etc.), en las cuales se busca la protección de los derechos constitucionales. Por lo anterior, estos fallos desbordan lo meramente jurídico para afectar los campos económico, político y social que antes pertenecían por exclusividad al mundo de la política (Congreso y gobierno). En esta tendencia, las políticas públicas cuentan con nuevos actores o *policy makers* que actúan con una racionalidad jurídica antes que política. La discusión está en establecer hasta dónde se extienden los límites de los jueces y hasta dónde el Estado puede garantizar los derechos fundamentales.

Entender las políticas públicas como un tipo de norma jurídica, las directrices, trae más inconvenientes que soluciones. La política pública es mucho más que la formalización jurídica, si bien esta hace parte de aquella. Esta contiene también principios y reglas además de directrices, por lo que sería inaplicable en la práctica, tal propuesta.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO, R. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Bogotá: Legis.
- AVIAR H., LÓPEZ, D. y RODRÍGUEZ, C. (sf). (2005). *¿Justicia mediante litigio?. Reparación y Extracción en las demandas laborales y extracontractuales en contra del Estado*, Bogotá: Centro DJS, Informe final de investigación presentada al Ministerio del Interior y de Justicia.
- BERNALES BALLESTEROS, E. (2004). «Las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos humanos», en: Garretón, R. et. al. *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*, Lima: Comisión Andina de Juristas.

- BOBBIO, N. (1985). «El poder y el derecho», en: Bobbio N. y Bovero M., *Origen y fundamentos del poder político*, México: Grijalbo.
- BUCCI, M. P. (2001). «Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos». En: Cuadernos Polis 2, Sao Paulo, www.polis.org.br/obras/. Consulta mayo de 2006.
- CALVO GARCÍA, M. (2005). *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GARCÍA J., L. (2012). «Aproximación a la discusión sobre justicia constitucional y políticas públicas: A propósito del estado de cosas inconstitucionales». En Hernández C.A. & Varón, N. (eds.) *Filosofía Política*. Bogotá: Universidad Libre, cáp. VI.
- GARRETÓN, R. (2004). «La perspectiva de los derechos humanos en el diseño y ejecución de las políticas públicas», en: Garretón, R. et. al. *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*, Lima: Comisión Andina de Juristas.
- GRAJALES, L. C. (2011). «Los derechos fundamentales por conexidad en la jurisprudencia constitucional colombiana», Bogotá: Universidad Libre, mimeo.
- GUENDEL, L. (2002). «Políticas públicas y derechos humanos, Instituto Internacional de Gobernabilidad», www.iigov.org/documentos. Consulta septiembre de 2005.
- JIMÉNEZ, W.G. (2007). «El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas», en: *Civilizar* Núm. 12, Universidad Sergio Arboleda.
- LOWI, T. (1964). «American Bussines, Public Policy. Case-studies and Political Theory», en *World Politics*, Núm. 16.
- MÈNY Y. & THOENIG J. C. (1992). *Las políticas públicas*, Barcelona: Ariel, 1992.
- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA y WORLD BANK. (2010). *Memorias del Proyecto "Fortalecimiento Institucional del Sistema de Gestión de Demandas Legales"*, Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia. 2010.
- QUINCHE, M. (2010). *Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, cuarta edición, 2010.
- RAMÍREZ, J. (2012). «Gobierno y tribunales frente a las políticas públicas. Ingerencia de tribunales en políticas públicas», Universidad Surcolombiana, Proyecto de investigación, mimeo.

ROTH DEUBEL, A. N. (2002). *Políticas públicas, formulación, implementación y evaluación*, Bogotá: Ediciones Aurora.

TEJADA PARDO, D. (2004). «Políticas públicas y derechos en salud», www.minsa.gob.pe/dgps/descargas/. Consulta junio de 2006.

YOUNES MORENO, D. et. al. (2006). «Estrategias para la descongestión en lo contencioso administrativo: Proceso modelo y proceso testigo»; en: *Collección Reformas en la Rama Judicial*, Tomo III, Bogotá: GTZ.