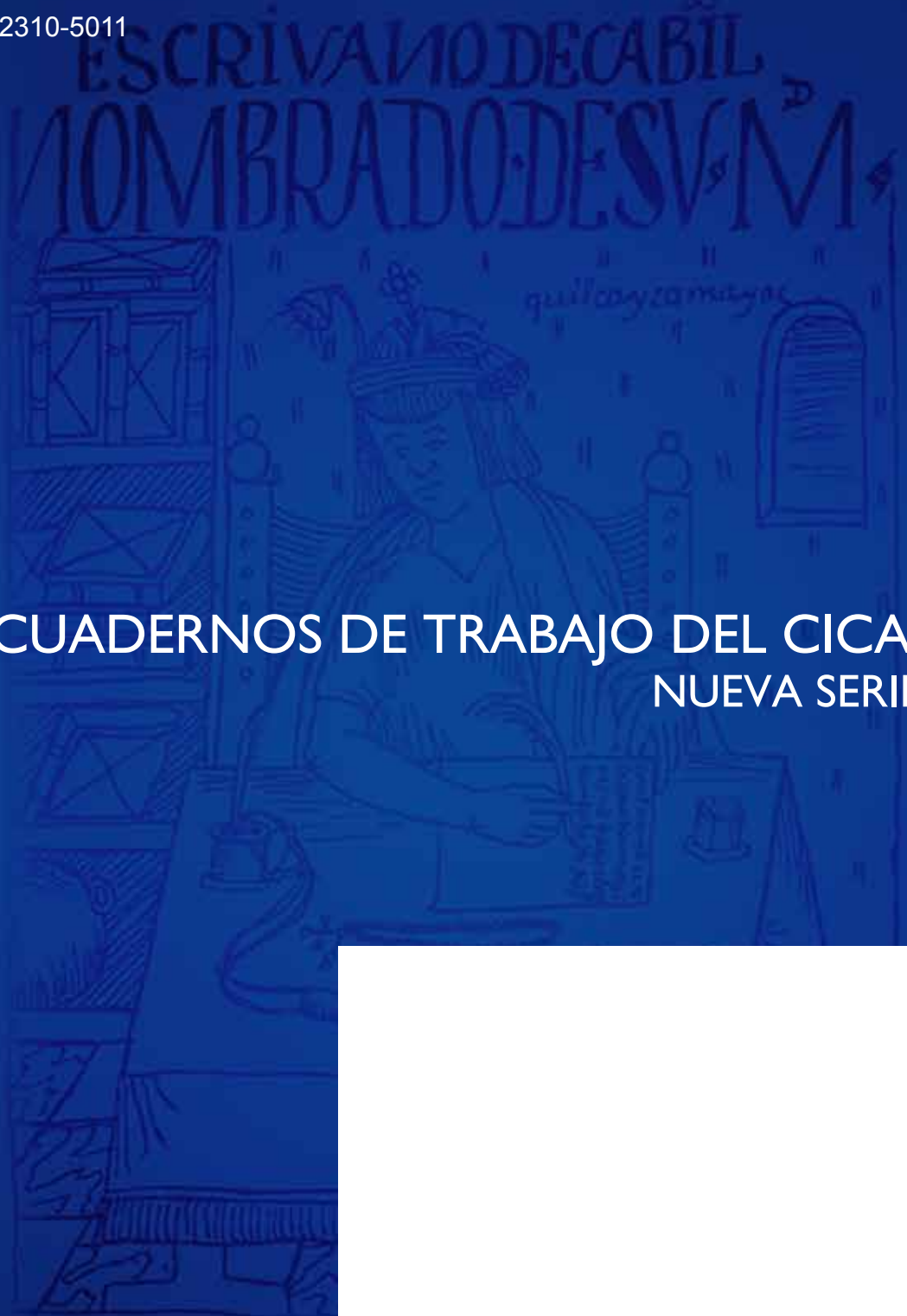


ISSN: 2310-5011



CUADERNOS DE TRABAJO DEL CICAJ NUEVA SERIE



DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y ASESORÍA
JURÍDICA (CICAJ)



PUCP

**¿EXISTEN DIFERENCIAS EN LA EXIGIBILIDAD
DE LOS DERECHOS CIVILES Y LOS DERECHOS
SOCIALES? UNA MIRADA CRÍTICA SOBRE LA
DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS CIVILES Y
DERECHOS SOCIALES A LA LUZ DEL PROCESO
DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO**

Heber Joel Campos Bernal

**Cuaderno de Trabajo del CICAJ N.º 4
Nueva Serie**

2013

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE
DERECHO

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

Cuaderno de Trabajo del CICAJ N.º 4

Categoría Profesores

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD:

Guillermo Boza Pró

Comité Asesor del CICAJ:

César Landa Arroyo
David Lovatón Palacios
Iván Meini Méndez
Elizabeth Salmón Gárate
Eduardo Sotelo Castañeda
Alfredo Villavicencio Ríos

Editor y Director del CICAJ-DAD:

Armando Guevara Gil

La nueva serie *Cuadernos de Trabajo del CICAJ* reúne contribuciones arbitradas y razonadas.

Las contribuciones que aquí presentamos son arbitradas porque cada uno de los textos es sometido a dos procesos de evaluación. El primero, a cargo del director y del Comité Asesor del CICAJ, consiste en la selección de los trabajos. El segundo, a cargo de dos especialistas en la materia, uno del ámbito nacional y otro del ámbito internacional, consiste en la lectura crítica del documento. Con el fin de garantizar la imparcialidad de los arbitrajes, se mantiene el anonimato de los autores y evaluadores.

Además, las contribuciones son razonadas porque incluyen el texto original revisado a la luz de los aportes de los árbitros, los comentarios de dos profesores invitados a presentarlos públicamente con el autor o la autora y, finalmente, la réplica a estos.

Esperamos que esta nueva serie contribuya significativamente al debate jurídico sobre los temas tratados por los autores y las autoras.

Cuaderno de Trabajo del CICAJ N.º 4

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)

¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del derecho

Heber Joel Campos Bernal

Primera edición

Tiraje: 250 ejemplares

© Heber Joel Campos Bernal, 2013

© Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, 2013

Departamento Académico de Derecho

Pontificia Universidad Católica del Perú

Av. Universitaria N.º 1801

Lima 32 - Perú

Cuidado de la edición: Aarón Verona Badajoz

Impreso por:

HERAL MOL S.R.L.

Calle Castrovirreyna N.º 174

Lima 5 - Perú

Se autoriza la reproducción total o parcial de este documento siempre y cuando sea fiel al original y se cite adecuadamente la fuente.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2013-13674

ISSN: 2310-5011

Impreso en el Perú - Printed in Peru

A Julieta, la luz de todos mis días

ÍNDICE

Parte I

Clases de paradigmas de exigibilidad de los derechos sociales: ¿existen realmente diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales?

1.1. La exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales	10
1.2. Clases de paradigmas para la exigibilidad de los derechos	13
1.2.1. El paradigma del abuso: entre las precondiciones y las funciones del Estado	15
1.2.2. El paradigma de la inclusión y el cumplimiento de las funciones del Estado	16
1.2.3. El paradigma de la escasez: la escasez como un valor fundamental en la comprensión de los derechos	16
1.3. El paradigma de la escasez como paradigma relevante para la exigibilidad de los derechos (sociales)	17
1.4. Conclusión	19

Parte 2

La exigibilidad de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

2.1. Cuestiones preliminares	20
2.2. Los derechos sociales y el presupuesto público	22
2.3. Los derechos sociales y su conexidad con otros derechos fundamentales	25
2.4. El Tribunal Constitucional y los mandatos al legislador	26
2.5. Conclusión	28

Bibliografía **30**

Comentarios

Elena C. Alvites Alvites	33
--------------------------	----

Respuesta del autor **39**

¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del derecho

Heber Joel Campos Bernal

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor del Departamento Académico de Derecho de la misma universidad y asesor principal de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del Perú

Sumilla

Los derechos sociales han sido tradicionalmente relegados a una posición secundaria. Se considera que su exigibilidad no puede ser inmediata, sino progresiva o periódica, debido a los gastos que acarrearán. En ese entendido, se los opone a los derechos civiles y políticos que, precisamente por demandar obligaciones de no hacer por parte del Estado, pueden ser garantizados directamente. En el presente cuaderno de trabajo se cuestiona esta perspectiva y se plantea que la exigibilidad de los derechos civiles y sociales no depende de su costo económico, sino de las prioridades que asuma el Estado en cuanto a su protección. La distinción entre ambos tipos de derechos tiene sentido si se la piensa en clave histórica, pero no desde una perspectiva constitucional. Al final, es posible concluir que lo que distingue a estas dos categorías es una razón política, por lo que urge llamar la atención sobre las consecuencias de una lectura *débil* de estos derechos; la que afecta, sobre todo, a los sectores más desaventajados de la sociedad.

Parte I

Clases de paradigmas de exigibilidad de los derechos sociales: ¿existen realmente diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales?

En realidad, la afirmación de que las únicas libertades verdaderas son el derecho de propiedad y la libertad de contrato a veces llega casi a ser una forma de separatismo blanco: en lugar de programas para ayudar a los niños a desempeñarse mejor en la escuela habría que construir más cárceles. En vez de implementar una política de inclusión deberíamos parapetarnos en comunidades amuralladas.

Cass Sunstein y Stephen Holmes. *El costo de los derechos*

1.1. La exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales

La exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales es de larga data. Se remonta a mediados del siglo XX (Baldassarre 2004: 25 y ss.), en su versión más reciente, en la que se discuten, por ejemplo, los alcances de la división acuñada por la doctrina constitucional de derechos de primera y segunda generación según la cual los derechos de primera generación son los derechos civiles, reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDECP), y los derechos de segunda generación son los derechos sociales, reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (Courtis y Abramovich 2002: 19 y 22). El argumento central de esta doctrina es el siguiente: «los derechos sociales serían los que vinieron después de los civiles y políticos o, en términos más funcionalistas, los que vendrán una vez que los derechos civiles y políticos, incluidos los derechos patrimoniales, sean satisfechos» (Pisarello 2007: 19).

Con el paso del tiempo, sin embargo, esta doctrina ha demostrado ser falsa, pues lo mismo, es decir, que los derechos civiles pertenecen a un momento histórico y que los derechos sociales a otro; se puede predicar de cualquier institución jurídica sin que eso signifique, en abstracto, que sea más importante que otra o que de ello depende su exigibilidad. Asimismo, desde el siglo XIX, en países como Francia o Inglaterra existían derechos sociales tanto a nivel

constitucional (Francia) como a nivel político (Inglaterra).¹ Por consiguiente, no es cierto que la discusión sobre los derechos civiles como derechos de primera generación y los derechos sociales como derechos de segunda generación se haya iniciado recién a mediados del siglo XX con la aprobación del PIDCEP y del PIDESC. Dicha discusión se remonta a mucho tiempo atrás y ha tenido, como mencionan Courtis y Abramovich, una influencia decisiva en el curso de los acontecimientos actuales, especialmente, de aquellos que apuntan a un rol más activo del Estado en cuanto a su cumplimiento (2002: 24 y ss.).

Ahora bien, la discusión sobre la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales tiene un fundamento teórico más amplio que el fundamento histórico antes mencionado. Este consiste en señalar que los derechos civiles demandan por parte del Estado obligaciones de no hacer; mientras que los derechos sociales demandan obligaciones de hacer (Atria 1994: 30 y ss.). Una obligación de no hacer significa, en ese contexto, que el Estado no interfiera en el ámbito de libertad negativa de cada individuo; mientras que una obligación de hacer significa que el Estado promueva más bien esa intervención (Berlin 2000: 220). Un ejemplo que nos permite comprender esta distinción puede ser el siguiente: Para proteger el derecho a la libertad de expresión (derecho civil y político), el Estado no tiene que hacer nada en especial, salvo no atentarse contra ese derecho; por el contrario, para proteger el derecho a la vivienda (derecho social), el Estado sí tiene que hacer algo: debe asignar ya sea una vivienda a quien no la tiene o evitar que se le despoje de ella a quien la tenga.

Esta doctrina se ha extendido ampliamente en los últimos años y ha sido el *caballito de batalla* de quienes se oponen a la exigibilidad de los derechos sociales.² La forma en que este argumento ha sido expuesto es la siguiente:

[L]as obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia, ni los papeles privados, no interferir con la propiedad privada, etc. Por el contrario, la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen. De acuerdo con esta línea de razonamiento, solo puede hablarse con algún sentido de «derechos» cuando una determinada prescripción normativa se limita a imponer obligaciones negativas o abstenciones, mientras que el intento de fundar derechos a partir del establecimiento de obligaciones positivas resultaría conceptualmente imposible o materialmente inviable (Courtis y Abramovich 2002: 21 y 22).

¹ En Francia, por ejemplo, se hallaba precisado el derecho a la vivienda en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; mientras que, en Inglaterra, los *levellers* demandaban la satisfacción de mejores condiciones laborales, las cuales finalmente se dieron a la luz de un acuerdo político que comprometía a las autoridades de ese entonces.

² El argumento principal de estos críticos es que las obligaciones de hacer suponen una erogación de recursos por parte del Estado, los cuales ya sea porque son escasos o porque —desde un punto de vista político— no dependen de la justicia, no pueden exigirse con la misma intensidad con la que se exigen los derechos civiles. Esta perspectiva, a su vez, revela una forma de pensar el rol que cumple el Estado en una democracia y se decanta, notablemente, a favor de una perspectiva que consagra el Estado mínimo, antes que el Estado regulador o de bienestar que, tradicionalmente, es en el que se basan los reclamos a favor de los derechos sociales (Atria 1994: 18 y ss.).

Los críticos de la exigibilidad de los derechos sociales, por tanto, plantean un tipo de Estado mínimo donde se garanticen, principalmente, los derechos civiles (obligaciones de no hacer) y donde el Estado no intervenga en las elecciones de los individuos. Para ello, sostienen que el Estado debe asegurar el funcionamiento de la economía, así como la seguridad y la estabilidad jurídicas que son indispensables para el funcionamiento del libre mercado.³

Ahora bien, la distinción entre obligaciones de hacer y de no hacer no parece, sin embargo, del todo convincente. Lo mismo es posible decir que el Estado cumple una obligación de hacer en el caso de un derecho civil que una obligación de no hacer en el caso de un derecho social y viceversa. Lo que los distingue es, en todo caso, la intensidad de esa obligación, pero no la obligación en sí (pues ambos tipos de derechos pueden ser objeto tanto de obligaciones de hacer como de no hacer por parte del Estado). Por ejemplo, digamos que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la libertad de expresión de un grupo de artistas que han sido impedidos de exponer sus obras en una galería de arte abierta al público. El juez que tiene a su cargo el seguimiento del caso concluye que, en efecto, la prohibición es inválida y que, por consiguiente, se debe autorizar la exposición. ¿Frente a qué tipo de intervención estamos? Según la teoría expuesta, frente a una intervención negativa (obligación de no hacer).⁴ Ahora bien, digamos que esa galería no existe o, peor aún, que no existe ninguna galería para una exposición abierta al público en la ciudad. El Ministerio de Cultura decide, entonces, utilizar una parte de sus recursos para abrir una galería que permita a los artistas exponer sus creaciones. ¿Frente a qué tipo de intervención estamos? Frente a una intervención positiva (obligación de hacer). Por tanto, es posible afirmar que un derecho civil y político (libertad de expresión) admite tanto intervenciones positivas (obligaciones de hacer) como intervenciones negativas (obligaciones de no hacer).⁵

Este mismo ejercicio se puede predicar de un derecho social. Digamos, del derecho a la vivienda. Juan habita en una vivienda alquilada desde hace muchos años. Hace un mes la dueña de la vivienda le pidió que la abandone, pues ha decidido venderla a una empresa inmobiliaria. La dueña no permite que Juan termine su contrato hasta Navidad. Frente a ello, Juan decide interponer una demanda de amparo alegando que si se ejecuta el desalojo, se atentaría contra su derecho a la vivienda. El juez le da la razón y ordena que no se lo desaloje hasta que termine su contrato en diciembre. ¿Frente a qué tipo de intervención estamos? Frente a una intervención negativa (obligación de no hacer). Ahora bien, imaginemos que Juan es un inquilino precario y que la dueña cansada de esta situación, finalmente, decide desalojarlo. El juez resuelve que, como en el caso *Grotboom* en Sudáfrica (Sunstein 2001: 212 y ss.), el Estado le dé a Juan la opción de habitar otra vivienda o que de lo contrario le permita quedarse en la que ocupa actualmente, indemnizando a su dueña. ¿Frente a qué tipo de intervención estamos? Frente a una intervención positiva (obligación de hacer).

³ Esta tesis fue desarrollada, sugerentemente, en un libro epítome del libertarismo filosófico, *Law, Legislation and Liberty*, de Friedrich Hayek, donde el economista austriaco afirmó, por ejemplo: «Siempre que la creencia en la 'justicia social' rija la acción política, este proceso debe acercarse progresivamente cada vez más y más a un sistema totalitario» (1998: 68).

⁴ El juez le ordena al Estado, a través del Ministerio de Cultura, que no censure una muestra que optimiza el derecho a la libertad de expresión de un grupo de artistas (y según se vea, de la sociedad en su conjunto).

⁵ Lucas Grossman, por otro lado, critica esta aproximación de obligaciones de hacer y de no hacer como un criterio para distinguir los derechos civiles de los derechos sociales en el entendido de que ambos tipos de derechos pueden ser abordados por los dos tipos de obligaciones y, por ende, antes que ayudar a resolver la confusión que hay en torno a ellos, abonan a esta (2008: 31 y ss.).

Si lo dicho hasta aquí es cierto, esto es, que los derechos civiles y políticos y los derechos sociales pueden ser objeto tanto de obligaciones de hacer como de no hacer, ¿por qué se sigue insistiendo en su diferenciación? Tal vez la respuesta se halle en un enfoque más bien débil del rol que cumple el Estado y que, como explica Lucas Grossman, no distingue entre sus precondiciones y funciones. Una precondición del Estado es aquella que aparece con prescindencia de si el Estado existe o no, es decir, que no depende del Estado para que exista. Un ejemplo de ello es el del guardaespaldas. Nadie contrataría a un guardaespaldas para que no lo maltrate, sino para que lo defienda de los maltratos y agresiones de los demás. Si alguien contratara a un guardaespaldas para que no lo agrede, bastaría con que lo despidiera para que no se presente ese riesgo. Con esto, lo que Grossman quiere decirnos es que no tiene sentido que exista el Estado si su única función es respetar y garantizar sus precondiciones. Si fuera así, entonces, quienes hemos convenido que exista el Estado, habríamos hecho un pésimo negocio. Tendríamos un Estado solo para evitar su amenaza (2008: 26).

El caso de las funciones estatales es diferente. Estas consisten en las obligaciones que tiene el Estado con los ciudadanos y que hacen *deseable* que exista, obligaciones como proteger mi derecho a la libertad de expresión, mi derecho a la salud, mi derecho a la educación, etcétera; y que justifican, desde un punto de vista moral, su existencia. Una función, por línea de principio, presupone un hacer. Cuando el Estado cumple una de sus funciones (una de las muchas que le asigna la Constitución, por ejemplo) debe hacer algo más que asegurarnos que no nos lastimará. La protección de un derecho fundamental implica por eso mismo un hacer; pues si, como sostiene la doctrina liberal clásica, el Estado solo se limitara a no atentarse contra los ciudadanos, entonces, el único servicio que podría ofrecer sería el mismo que ofrecería un guardaespaldas al cual se ha contratado para que no agrede a las personas. Cuando el Estado cumple sus funciones es como ese mismo guardaespaldas; pero, y esencialmente, nos protege de la amenaza inminente de los demás. Por tanto, no es lo mismo decir que el Estado cumple obligaciones de hacer y de no hacer que decir que basta con que el Estado cumpla obligaciones de no hacer para que justifique su existencia.⁶

1.2. Clases de paradigmas para la exigibilidad de los derechos

Tomando como punto de partida el paradigma de la exigibilidad de los derechos civiles y políticos, parte de la crítica más importante en contra de la exigibilidad de los derechos sociales es la que sostiene que los derechos solo pueden garantizarse en un sentido único (Courtis y Abramovich 2008: 973 y ss.). Esta crítica puede plantearse en los siguientes términos: como los derechos sociales implican una obligación de hacer, los jueces no están en condiciones de

⁶ Lucas Grossman añade puntualmente: «Una precondición, en el sentido en que estoy usando el término, no es necesariamente un requisito conceptual: un Estado que tortura no deja de ser un Estado. Más aún, la población tal vez esté dispuesta a tolerar un Estado que en ocasiones tortura y considere que el Estado está justificado en términos generales a pesar de ello. Este Estado, dirán sus súbditos, es bastante malo, pero es mejor que no tener ningún Estado. Dicho de otra manera, este Estado genera más beneficios que perjuicios. Sin embargo, no es este un argumento que el propio Estado podría plantear. Esto resulta crucial para entender lo que una precondición significa. Podríamos llegar a juzgar que está justificado tener un guardaespaldas que ocasionalmente nos ataca si en definitiva son más los ataques que evita que los que causa, pero el guardaespaldas no podría invocar su utilidad general para justificar sus ocasionales ataques. Del mismo modo, el Estado no puede justificar sus torturas alegando que, aunque tortura, de todas maneras es mejor en términos generales tener un Estado que no tenerlo» (2008: 25).

establecer la exigibilidad de los derechos sociales ya que al hacerlo obligarían al Estado a algo para lo cual no está preparado. Situación que no se presenta en el caso de los derechos civiles y políticos, añaden. Estos, por lo general y a diferencia de los derechos sociales, demandan una obligación de no hacer por parte del Estado (o de terceros). Por ello, su exigibilidad es perfectamente posible en tanto no implica por parte del Estado ninguna obligación en particular salvo una actitud pasiva.⁷

Esta crítica, sin embargo, es cierta solo en un sentido muy limitado y, como veremos luego, puede aplicarse tanto a los derechos civiles como a los derechos sociales; por ello, más que un ataque contra la exigibilidad de los derechos sociales es un ataque contra la exigibilidad de los derechos en general (Barack 2006). En efecto, la exigibilidad de los derechos sociales demanda muchas veces la erogación de recursos, pero *no solo* eso; a veces demanda también una administración correcta de esos recursos. Por ejemplo, en el caso de la distribución de los medicamentos en los hospitales públicos, no basta solo con que el Estado asigne un presupuesto para su compra; es necesario que este se utilice adecuadamente y acorde con las necesidades de la población.

Asimismo, esta crítica deja de lado un aspecto que resulta crucial para comprender cuál es el alcance de la exigibilidad de los derechos en abstracto; esto es, que no distingue entre un derecho en sí y la garantía de ese derecho en sí.⁸ En otras palabras, no es lo mismo tener *un derecho a* a que no exista un remedio adecuado para garantizar ese *derecho a*. En el primer caso estamos ante un mandato constitucional que trasciende la existencia de una garantía judicial; mientras que en el segundo estamos ante una consecuencia de que exista ese derecho, es decir, de que el Estado lo garantice. Como señala Nicolás Espejo:

[...] la suposición de que la exigibilidad judicial es una característica constitutiva del concepto de derecho subjetivo no distingue entre enunciados sobre derechos y enunciados sobre la protección de los derechos. En otras palabras, las razones para los derechos, es decir, los argumentos que se esgrimen para justificar su existencia, son condiciones necesarias de los mismos, mientras que los derechos son condiciones necesarias para su exigibilidad. En sentido inverso, creer que basta con buenas razones para que un derecho sea reconocido jurídicamente en la ley o en la Constitución, y que por ese mero hecho quede garantizado, es incurrir en el mismo tipo de error.

⁷ Sin embargo, y como Courtis y Abramovich también sostiene, «La distinción es notoriamente endeble. Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales, tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones positivas como negativas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación —destinada a definir el alcance y la restricciones de los derechos—, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho» (2008: 974-975).

⁸ Ferrajoli plantea esta distinción entre los derechos y sus garantías en los siguientes términos: «Las garantías no son otras cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen» (2006: 25).

En consecuencia, el concepto de derecho subjetivo no debe ser tomado como equivalente del de «garantía judicial». (2010: 159)

Adicionalmente a ello, los críticos de la exigibilidad de los derechos sociales se olvidan de que no existe solo una forma de garantizar los derechos, sino distintas formas; y estas no deben interpretarse, necesariamente, como si se estuviera exigiendo siempre un recurso judicial a favor o en contra de algo o de alguien (Espejo 2010: 157). Así, por ejemplo, un recurso administrativo, según se vea, puede interpretarse como un recurso eficaz para garantizar un derecho social, lo mismo que la aprobación de una ley que dispone que se asigne una partida presupuestal a favor de un sector específico. En ambos casos, nos encontramos frente a medidas idóneas para garantizar la protección de los derechos sociales por parte del Estado, pero que no implican una intervención judicial directa.⁹

Ahora bien, es posible pensar en distintos paradigmas de protección de los derechos que rebaten el argumento según el cual la exigibilidad de los derechos sociales es un imposible jurídico. Estos paradigmas tienen la peculiaridad de que no distinguen entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, ya que de lo que se trata no es de señalar cuál es la posición moral del Estado frente a ellos sino de establecer cómo, al margen de su contenido, todos los derechos son exigibles judicialmente. Así, pues, estos paradigmas, siguiendo la clasificación propuesta por Grossman (2008: 37 y ss.), son los siguientes:

- a) El paradigma del abuso
- b) El paradigma de la inclusión
- c) El paradigma de la escasez

1.2.1. El paradigma del abuso: entre las precondiciones y las funciones del Estado

El paradigma del abuso es el que se relaciona más directamente con la distinción tradicional entre derechos civiles y derechos sociales. Este paradigma plantea el cumplimiento por parte del Estado de una serie de precondiciones cuya existencia depende, a su vez, de que el Estado exista. Como sostiene Grossman: «El paradigma del abuso en general se refiere a situaciones en las que el Estado interfiere con los derechos mediante sus propios actos» (2008: 44). Pensemos, por ejemplo, en el caso del derecho a la libertad de expresión. Un periódico fue censurado por el Gobierno porque su línea editorial atentaba contra sus intereses políticos. La forma de solucionar este caso consiste en que el Estado se abstenga de seguir censurando a este periódico. Para ello, el Estado *no tiene que hacer algo, sino dejar de hacer ese algo* que se considera lesivo de los derechos fundamentales del periódico.

El paradigma del abuso plantea así la necesidad de distinguir entre un hacer y un no hacer, donde el hacer se concibe como el respeto a una precondición, esto es, como el respeto a algo que se da por descontado por la mera existencia del Estado, y donde el no hacer se concibe como algo contrario a esa precondición, vale decir, como una razón para cuestionar, positiva o negativamente, la existencia del Estado.

⁹ Esta tesis ha sido expuesta tanto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 64-66.

1.2.2. El paradigma de la inclusión y el cumplimiento de las funciones del Estado

El paradigma de la inclusión, en cambio, se ubica de lleno en el escenario de las funciones estatales. Este paradigma no tendría sentido si el Estado no existiera, ya que implica un deber de hacer que comprende por igual a los derechos civiles y los derechos sociales. Un ejemplo que ilustra este planteo es el de la seguridad social y el derecho a la salud. Miles de usuarios acuden diariamente a los hospitales de ESSALUD¹⁰ para atenderse. Estos hospitales les cobran tarifas muy bajas por sus servicios debido al subsidio que les otorga el Gobierno. Si el día de mañana una persona de muy bajos recursos necesitara atención médica y hubiera denunciado al Estado por este hecho, el juez ordenaría que se lo incluya dentro de la cobertura que ya brinda ESSALUD. Lo que se discute en estos casos no es si el Estado está en condiciones de invertir grandes cantidades de dinero para la protección de un derecho (civil o social), sino si la cobertura institucional que posee es suficiente para garantizar ese derecho. Y lo mismo se puede decir de un derecho civil como el de propiedad. A menudo se afirma que la garantía de los derechos civiles y políticos no demanda la erogación de recursos; sin embargo, este punto de vista cambia cuando pensamos, por ejemplo, en el caso de una institución como INDECOPI¹¹ que, como se sabe, es la responsable de la defensa de la propiedad intelectual y la libre competencia en nuestro país. Si el día de mañana un compositor de música popular considera que sus canciones se están difundiendo sin su autorización en las radios, puede demandar la violación de su derecho a la propiedad intelectual ante INDECOPI. En este caso, al igual que en el de la persona que necesita atención médica, el Estado no tiene que invertir cantidades de dinero exorbitantes para garantizar el derecho a la propiedad intelectual o el derecho a la salud, pues esa inversión ya se hizo en el pasado.

El paradigma de la inclusión, por tanto, resulta aplicable tanto a los derechos civiles como a los derechos sociales. No es necesario que unos, como sostiene la teoría estándar, demanden obligaciones de hacer y los otros obligaciones de no hacer, pues a ambos se les puede considerar parte de este paradigma. Así, pues, cuando pensamos en el paradigma de la inclusión nos alejamos por completo de la teoría de la división fuerte entre derechos civiles y derechos sociales, y entramos de lleno en un esquema de exigibilidad de los derechos a secas.

1.2.3. El paradigma de la escasez: la escasez como un valor fundamental en la comprensión de los derechos

Conviene ahora centrar nuestro análisis en un paradigma distinto: el paradigma de la escasez. Este paradigma es quizá el más polémico de todos, pues ha sido invocado por los críticos de los derechos sociales para sostener que estos derechos son, como decía Bentham, «disparates en zancos». Este paradigma centra su análisis, en términos sencillos, en el costo que tienen los derechos para el Estado. Si los derechos (y su exigibilidad) demandan obligaciones de no hacer, parece evidente que su protección no acarreará mayores costos; pero si demandan

¹⁰ ESSALUD es el órgano encargado de la seguridad social en el Perú. Actualmente brinda cobertura, sobre todo, a pacientes con seguro médico pero también extiende su protección a sectores de escasos recursos, los cuales pagan un monto mínimo por recibir sus servicios.

¹¹ INDECOPI (Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual) fue creado en 1992 como una entidad responsable de garantizar los derechos, principalmente, de los inversionistas que durante esos años, y tras la crisis económica de los años ochenta, volcaban su atención nuevamente sobre el Perú.

obligaciones de hacer entonces puede que sí los acarree. Ahora bien, y sobre la base de lo señalado anteriormente, parece claro que tanto los derechos civiles como los derechos sociales demandan costos; por ello, responder a la pregunta ¿Cómo afrontar la escasez en el caso de los derechos (a secas)? resulta esencial.

Los profesores Cass Sunstein y Stephen Holmes sostienen que todos los derechos tienen un costo y que este depende de factores externos en lugar de factores internos como sostenía la teoría tradicional. Según estos autores, «todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes para monitorear y controlar» (2010: 65).

Si esto es así, entonces la división entre derechos civiles y derechos sociales pierde asidero. En efecto, si un derecho civil, digamos el derecho a la libertad de expresión, tiene un costo, ¿qué justificación existe para que sea exigible mientras que otro, como el derecho a la salud, digamos, que también posee un costo, no? Si la justificación es que el derecho a la libertad de expresión no irroga costos al Estado, ya hemos visto que no es cierto; pero si la justificación es que este derecho es más valioso o más importante que un derecho social basado en algún factor o elemento intrínseco (digamos su relación con la democracia), debemos sostener también que se trata de una justificación falsa (Rawls 2006: 243). Los derechos sociales son precondiciones materiales para garantizar la participación y la deliberación pública (Dworkin 2010: 351 y ss.). En efecto, si se asume que un derecho civil es más valioso que un derecho social, se pierde de vista que, por lo general, un derecho social es condición de un derecho civil y viceversa. Por ejemplo, no se puede hablar del derecho a la libertad de expresión si una persona está hambrienta, o desempleada, o carece de una vivienda (y, por consiguiente, no puede dedicarse a escribir una columna de opinión en el periódico o dar entrevistas para la televisión). Del mismo modo, ese individuo no podrá satisfacer esas necesidades si no protesta, si no accede a la justicia, si no escribe una columna de opinión, es decir, si no ejerce su derecho a la libertad de expresión.¹²

1.3. El paradigma de la escasez como paradigma relevante para la exigibilidad de los derechos (sociales)

El paradigma relevante, por tanto, para comprender la exigibilidad de los derechos sociales (aunque en realidad debería decirse de todos los derechos) es el paradigma de la escasez, y, este, como señalan diversos teóricos, abre nuevas y estimulantes interrogantes. Para empezar, ¿en qué casos hablamos de escasez? ¿La escasez se define en función de los recursos con que cuenta el Estado o de los recursos en general? ¿Quién es el responsable de proveer esos recursos? ¿El Estado o los privados?, etcétera.

En el acápite anterior decíamos que existen hasta tres paradigmas para explicar la exigibilidad de los derechos: el paradigma del abuso, de la inclusión y de la escasez. Los dos primeros se presentan, indistintamente, en el caso de un derecho civil como en el de un derecho social; mientras que el tercero aparece asociado a los derechos sociales por ser los que reciben

¹² Sen desarrolla esta tesis a lo largo de toda su obra, y ha tenido gran impacto en la comunidad internacional y en los programas de desarrollo que han emprendido algunos países. En *Desarrollo y libertad* (2000) la expone con mayor detalle, así como su visión optimista de los derechos humanos y la cultura democrática como elementos que propician el desarrollo.

menos atención por parte del Estado. Por consiguiente, si el problema de la escasez no es un problema inherente a una clase de derechos en particular, ¿qué sentido tiene diferenciar los derechos civiles de los derechos sociales? Y luego, si la distinción es superflua, ¿por qué el Estado ha puesto mayor énfasis en la protección de los derechos civiles que en la protección de los derechos sociales? Empecemos por lo primero. La distinción entre derechos civiles y derechos sociales carece de sentido si el criterio para diferenciarlos es el de las obligaciones de hacer o de no hacer, o la escasez de recursos. Como hemos visto, tanto los derechos civiles como los derechos sociales requieren de obligaciones de hacer como de no hacer. De hecho, la distinción entre ambos, vista desde ese prisma, aparece, como sostienen Curtis y Abramovich (2008: 25 y ss.), como una distinción de grado antes que de contenido. Luego, si el argumento que se plantea es el de la escasez, conviene señalar que no se trata de un elemento intrínseco a una clase de derechos en particular sino de un elemento externo asociado al campo de la decisión política.

En efecto, si en un momento dado el Estado decide proteger un derecho, no es porque ese derecho sea, por decirlo de alguna manera, *más fácil de ser satisfecho que otro*, sino porque, por alguna razón (política) en especial, se lo consideró *más importante* que otro. Esto no quiere decir que ese derecho sea, en efecto, *más importante* que otro, en un sentido moral, sino que su protección fue valorada como más compatible con la agenda política del Estado en ese momento. En el Perú, por ejemplo, desde hace muchos años, la inclusión social ha sido un problema central para entender el funcionamiento (y las debilidades) de nuestra democracia. Pese a que este problema ha estado presente desde siempre en la reflexión de académicos y políticos de diferentes corrientes y tiendas ideológicas, nunca se han implementado reformas institucionales tendientes a su solución.

Siendo así, corresponde, por tanto, poner los reflectores en un campo distinto al de la naturaleza o estructura de los derechos sociales para explicar su exigibilidad. Ese campo es el de la justicia. En efecto, muchos de los reclamos en contra de la exigibilidad de los derechos sociales son reclamos contra los jueces y su modelo de adjudicación judicial. Se argumenta que los jueces, a veces movidos por sus ímpetus activistas, interfieren en un escenario que no es el suyo, como es el de la decisión política (en un sentido amplio este también incluye a las decisiones que adopta el Estado en materia de política fiscal o políticas públicas) (Pérez y otros 2007: 76 y ss.). Esta crítica señala, como plantea el profesor Rodrigo Uprimny, que la exigibilidad de los derechos sociales pone en riesgo la estabilidad económica del Estado y que, por tanto, si los jueces pudieran garantizarlos estarían tomando una decisión política: la decisión de controlar y/o cambiar la distribución de los recursos (Barack 2006).

Esta situación, sin embargo, es problemática solo hasta cierto punto, pues los jueces están en capacidad no solo de fallar declarando fundada o infundada una demanda sino de ir más lejos inclusive y emitir, como lo ha hecho la Corte Constitucional de Colombia o de Sudáfrica, por ejemplo, sentencias estructurales. En estos países, sus altas Cortes no han optado solo por emitir fallos declarando fundada o infundada una demanda, sino obligando al Estado a que se pronuncie, finalmente, sobre la exigibilidad de los derechos sociales. La forma cómo lo han hecho es a través de las denominadas *sentencias estructurales*, un tipo de sentencias que ponen el acento en las causas estructurales de los problemas asociados a la exigibilidad de los derechos sociales antes que en su exigibilidad asociada al caso concreto. Se trata de sentencias que ponen a funcionar toda la maquinaria del Estado y no solo a la rama judicial.

Las sentencias estructurales buscan propiciar una salida para la exigibilidad de los derechos sociales que vincule tanto al Gobierno como a las víctimas. No se trata únicamente de que la rama judicial sea la que plantee una respuesta. A través de las contribuciones de los distintos sectores de la sociedad civil—especialistas, académicos, organizaciones sociales—, se va conformando una masa crítica cuyos aportes son decisivos para la exigibilidad de estos derechos. La estrategia asociada a este tipo de sentencias consiste, por tanto, en buscar una solución consensuada donde el juez constitucional aparece como un articulador de intereses en lugar de como el responsable de la decisión final sobre la exigibilidad de los derechos sociales.

Los críticos de la exigibilidad de los derechos sociales confunden, por tanto, dos cosas que son totalmente distintas pero que, pese a ello, se hallan directamente asociadas: el reconocimiento y la exigibilidad de los derechos. Lo primero, como hemos visto, es independiente de si un derecho se denomina civil y político, o social; y lo segundo es problemático solo si los derechos demandan costos que no han sido previstos, *ex ante*, por el Estado. Ambas salidas, sin embargo, son falsas, pues da lo mismo que un derecho se denomine civil y político, o social si puede garantizarse mediante obligaciones de hacer o de no hacer, o si un juez declara fundada o infundada una demanda si puede optar por otras estrategias más creativas de intervención.

1.4. Conclusión

Las teorías que tradicionalmente han abordado el tema de la exigibilidad de los derechos sociales han puesto el acento en la distinción tradicional entre estos derechos y los derechos civiles, y en los gastos que implica su tutela para el Estado. Sin embargo, es posible sostener que ambos argumentos son falsos, pues ni los derechos civiles ni los derechos sociales son intrínsecamente distintos; y ni los unos ni los otros se distinguen por sus costos. Si ello es así, ¿en qué consiste, entonces, la problemática de su exigibilidad?; en el papel que se le asigna al juez en una democracia constitucional. En efecto, si pensamos que un juez únicamente está obligado a ser *la boca muda que pronuncia las palabras de la ley*, parece claro que no debería garantizar derechos sociales. Pero si, por el contrario, partimos de la tesis de que los jueces no se hallan ajenos al proceso político, sino que actúan como articuladores de este, nuestra aproximación cambia. Si, por ejemplo, asumimos que el juez no solo se encarga de declarar fundada o infundada una demanda sino que, además de ello, puede emitir sentencias estructurales (como aquellas que cuestionan al Estado por sus omisiones constitucionales), se podría concluir que la exigibilidad de los derechos sociales es perfectamente viable. Lo importante aquí, nuevamente, es el grado de intervención judicial del Estado en la protección de estos derechos. Los jueces no pueden resolver el problema de la escasez por sí solos, pero sí pueden llamar la atención sobre sus alcances y consecuencias. Al final, el mérito principal de los jueces consiste no en garantizar, siempre y en todos los casos, los derechos sociales, sino en obligar al Estado a que dé razones de por qué en unos casos sí está dispuesto a invertir nuestros recursos en la protección de un derecho (que beneficia a determinados sectores) mientras que en otros (que perjudican a otros sectores, los más pobres y excluidos de la sociedad) no.

Parte 2

La exigibilidad de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

2.1. Cuestiones preliminares

En el Perú, a diferencia de lo sucedido en otros países, la justicia constitucional no ha sido muy activa en la protección de los derechos sociales. Las causas de ello pueden deberse a diversos factores, tales como: *a)* que el diseño constitucional hace muy difícil el litigio de estos casos, *b)* que no existe un consenso teórico muy claro acerca de su exigibilidad, *c)* que los jueces suelen ser muy conservadores cuando se trata de interpelar directamente al Gobierno o *d)* que se trata de una mezcla de todos ellos. Lo cierto es que, a la fecha, las sentencias emitidas tanto por el Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales no superan la centena.

La experiencia histórica de la justicia constitucional en el Perú también ayuda a explicar esta realidad. En el Perú, si bien la justicia constitucional se remonta al siglo XIX en un sentido formal (García Belaunde 2008: 217 y ss.), en la práctica no funciona sino hasta hace poco más de dos décadas. En efecto, la justicia constitucional, tal y como la conocemos hoy, se remonta a la Constitución de 1979 y a la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales. Será recién con la creación de esta institución que en el Perú se instaure una jurisdicción constitucional en el sentido pleno de la palabra.

Los primeros años del Tribunal de Garantías no fueron, sin embargo, muy alentadores. Durante los doce años que se mantuvo en actividad emitió solo quince sentencias de inconstitucionalidad, de las cuales solo cinco se declararon fundadas. Las otras diez, o se declararon improcedentes por falta de quórum, o se declararon infundadas (Blume 1996: 322). De acuerdo con lo que estipulaba la Constitución de 1979, el Senado elegía a los miembros del Tribunal de Garantías de una terna que era propuesta tanto por el Poder Ejecutivo como por el Poder Judicial. Su mandato era de cinco años y no tenían derecho a la reelección. Entre las competencias del Tribunal de Garantías se hallaban las siguientes: resolver en instancia única las acciones de inconstitucionalidad y los procesos de competencia y; como última instancia, los procesos de amparo y hábeas corpus.

Tras el golpe de Estado de 1992, el Tribunal de Garantías fue desactivado. En su lugar se creó el Tribunal Constitucional, que entró en funciones recién en 1996. Los miembros del Tribunal Constitucional, a diferencia de los miembros del Tribunal de Garantías, no eran elegidos por temas sino directamente por el Congreso. Entre sus competencias se hallaban las siguientes: resolver en instancia única las demandas de inconstitucionalidad y procesos de competencia y; en instancia final, los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento. Sus magistrados eran elegidos por un periodo de cinco años sin derecho a la reelección.

El Tribunal Constitucional, a diferencia del Tribunal de Garantías, cumplió un rol más exitoso. Para empezar emitió más sentencias que el Tribunal de Garantías, pero sobre todo tuvo mayor influencia en la formación y creación de una práctica constitucional en nuestro país. Este proceso ha sido reciente y objeto de una serie de desafíos y críticas.

Podemos situar las etapas por las que ha atravesado el Tribunal Constitucional en el Perú en las siguientes cuatro: *a)* sometimiento, *b)* transición, *c)* activismo y *d)* conservadurismo. La primera se sitúa entre 1996 y el 2000, años durante los cuales el control tanto de sus decisiones como de varios de sus miembros dependía de la voluntad de quien entonces detentaba el poder. Esta etapa se caracterizó por la destitución, en 1997, de cuatro de sus magistrados a raíz de una sentencia que emitió, en minoría, el Tribunal. En dicha sentencia se opuso a la ley que permitía la postulación de Alberto Fujimori a un tercer periodo presidencial. La segunda se sitúa entre el 2000 y el 2002, y se caracterizó por la reincorporación de los magistrados destituidos en 1997 como consecuencia de una resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este periodo, el Tribunal Constitucional empezó a adoptar algunas decisiones progresistas, pero aún de manera prudente. Esta fue una época muy difícil y compleja para el país que, paradójicamente, marcó el inicio también de su despegue económico. La tercera se sitúa entre el 2003 y el 2007, y coincide con la designación de cuatro nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, a los cuales se sumarían, pocos meses después, César Landa y Víctor García Toma. Esta fue la etapa más interesante y prolífica del Tribunal Constitucional desde sus inicios. Como hemos sostenido en un trabajo anterior (Campos 2007), marcó un punto de quiebre entre el viejo derecho y el nuevo derecho, y contribuyó a repensar una serie de conceptos e instituciones jurídicas profundamente contaminadas por el formalismo jurídico. Lamentablemente, fue una etapa que duró también muy poco. Por último, la cuarta etapa comienza en el 2008 y llega hasta el día de hoy. Esta etapa se caracteriza por el retroceso en la consolidación de una jurisprudencia comprometida con los valores de la democracia constitucional y el garantismo jurídico. Las sentencias emitidas durante estos años han ido muchas veces en contra de decisiones emitidas por la justicia internacional, o han estado contaminadas por un conservadurismo y una falta de rigurosidad técnica que han puesto en cuestión la protección de derechos como la igualdad, la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

En el caso puntual de los derechos sociales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido escasa; por no decir inexistente. Se han emitido apenas, durante el último lustro, según un informe reciente del Instituto de Defensa Legal, cinco sentencias de las cuales solo dos han sido declaradas fundadas.¹³ En las líneas que siguen nos abocaremos al análisis de estas sentencias y a

¹³ Las sentencias a las que nos referimos son las siguientes: caso *Libre desafiliación de las AFP*: STC N.º 0014-2007-AI/TC; caso *ONP*: STC N.º 5561-2007-PA/TC; caso *Pago de horas extras*: STC N.º 5924-2009-PA/TC; caso *Salud mental*: STC N.º 3426-2008-PHC/TC; y caso *Cadete embarazada*: STC N.º 5527-2008-PHC/TC.

identificar si sus órdenes fueron eficaces o no. Algo que podemos concluir, preliminarmente de este análisis, es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sigue pensando los derechos sociales como derechos de segunda generación. Los derechos sociales, como se sabe, no se distinguen de los derechos civiles por su costo económico ni por su naturaleza de derechos subjetivos. La distinción entre derechos de primera y segunda generación es, esencialmente, metodológica. Que el Tribunal Constitucional los siga pensando de esta forma abona, por tanto, a la tesis según la cual su exigibilidad depende, antes que de factores internos, de factores externos como la cultura jurídica, el acceso a la justicia y la presión, directa o indirecta, del Gobierno en las decisiones de la rama judicial.

2.2. Los derechos sociales y el presupuesto público

La exigibilidad de los derechos sociales ha estado asociada desde siempre a su costo económico. Diversos autores sostienen que su exigibilidad pone en riesgo las finanzas del Estado y genera incentivos perversos para que los jueces intervengan en el diseño de políticas públicas (Rodríguez y Rodríguez 2010: 35). A su vez, otros sostienen que por su naturaleza prestacional siempre se considerarán derechos programáticos; por ello, es imposible que el Estado pueda satisfacerlos por completo.

Esta discusión está presente, en alguna medida, en la STC N.º 0014-2007-PI/TC que emitió el Tribunal Constitucional. En ella, este Colegiado se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 28891, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementaria, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada. Los demandantes alegaban que la ley atentaba contra sus derechos a la libre elección del sistema pensionario, a la igualdad ante la ley, a la libertad de información, a la intangibilidad de fondos y reservas de la seguridad social y a la propiedad. Puntualmente, sostenían que:

[...] los artículos 1º y 2º de la ley, eran discriminatorios, pues habían excluido los otros supuestos de válido retorno al Sistema Público de Pensiones, previstos en la STC N.º 1776-2004-AA/TC, entre ellos, la indebida información de la que puede haber sido víctima el trabajador al momento de afiliarse al Sistema Privado de Pensiones». Asimismo, sostienen que «el artículo 16º de la ley, en concordancia con el artículo 6º del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N.º 054-97-EF, obliga a una afiliación compulsiva al Sistema Privado, violando la libre elección del sistema pensionario.

Complementario a ello, afirmaban que:

[...] el artículo 14º de la ley, al permitir que sea el Estado el que se haga cargo de garantizar una pensión mínima en el Sistema Privado de Pensiones, con dinero del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales, afecta la intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social, prevista por el artículo 12º de la Constitución. Refieren que lo que debería ocurrir es que tal pago se encuentre a cargo de las Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones.

Y, finalmente, con relación al derecho a la propiedad sostienen que:

[...] la ley dispone que el trabajador que decida retornar al Sistema Público de Pensiones, lo haga con su Cuenta Individual de Capitalización y su rentabilidad, olvidando consignar la devolución de parte de las comisiones percibidas, con lo cual habría un enriquecimiento ilícito a favor de las

AFP. Por lo tanto, consideran que la devolución de parte de las comisiones abonadas debe ser un derecho de todos los trabajadores que retomen al Sistema Público.

El Tribunal Constitucional en su análisis recurrió a una sentencia previa (la STC N.º 1776-2004-AA/TC) para sostener que, en efecto, la desinformación o la información defectuosa o incompleta debía considerarse también una causal más de desafiliación de las AFP. El que no se la haya incluido, en su opinión, constituía una omisión que debía resolverse sobre la base de una interpretación sistemática del derecho a la igualdad como de la jurisprudencia que emitió anteriormente. En cuanto al segundo punto, el Tribunal Constitucional sostendrá que no se ponían en riesgo los recursos de los contribuyentes en la medida que ya existía una ley que, expresamente, habilitaba al Estado al pago de una pensión mínima. Por último, el Tribunal Constitucional sostendrá que es perfectamente lícito que las AFP perciban un pago en proporción a las contribuciones de sus aportantes por concepto de administración de los fondos de capitalización de los pensionistas. Ello debido a que «[...] según se encuentra previsto en el artículo 24º a. del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, las referidas comisiones tienen naturaleza retributiva por el servicio de administración prestado».

Al margen de los puntos mencionados, llama poderosamente la atención la mención realizada por el Tribunal Constitucional al final de su sentencia sobre la relación existente entre la exigibilidad de los derechos fundamentales y su costo económico. Según el Tribunal Constitucional, esta relación debe observar, entre otros, los principios de equilibrio presupuestal, así como el de efecto vinculante de los derechos fundamentales, motivo por el cual:

[...] no cabe defender interpretaciones que manifiestamente sitúen en riesgo la estabilidad presupuestal del Estado, pero tampoco posiciones que despojen de toda protección a los derechos fundamentales. Como bien advierte Zagrebelsky, «las primeras sacrifican las tareas que la Constitución asigna al Gobierno y al Parlamento en la apreciación y en la gestión de la compatibilidad económico financiera privilegiándose la garantía del principio de constitucionalidad y la protección de los derechos. Las segundas sacrifican en cambio la exigencia de defensa de los derechos privilegiándose las prerrogativas gubernativas y parlamentarias».

En consecuencia, la generación de un gasto público adicional derivada de una sentencia constitucional, debe ser consecuencia de una meditada ponderación de los valores constitucionales concernidos, y nunca de algún criterio voluntarista. Bajo tal consideración, efectuada dicha ponderación racional por el Tribunal Constitucional, la aplicación del costo económico que sea necesario para la debida protección de un derecho fundamental ordenada por una sentencia constitucional, no es un asunto que quede librado a la discrecionalidad de los poderes públicos, sino que se convierte en un auténtico deber constitucional. De ahí que, bien entendidas las cosas, [l]as consecuencias financieras de las decisiones constitucionales no serían determinadas por [el Tribunal Constitucional], sino que se desprenderían de la Constitución, a la cual todos, legislador incluido, se encuentran subordinados. [...] [S]i los gastos no son discrecionales, porque están impuestos por la Constitución (según la interpretación que de esta realiza [el Tribunal Constitucional]), el desembolso se hace una obligación. Por tanto, una vez establecido que el gasto es constitucionalmente obligatorio, el legislador no puede contrastar la decisión [del Tribunal] en nombre de la propia discrecionalidad política.

El Tribunal acierta aquí en dos puntos: primero, en sostener que la exigibilidad de todos los derechos fundamentales, sin excepción, genera costos; y segundo, en sostener que «la generación de un gasto público adicional derivada de una sentencia constitucional, debe ser consecuencia de una meditada ponderación de los valores constitucionales concernidos, y nunca de algún criterio voluntarista». Esto último haría pensar que el Tribunal Constitucional procedería en este caso, en efecto, a realizar una «meditada ponderación de los valores constitucionales concernidos»; pero lo que hizo, en cambio, fue algo un poco distinto:

No hay duda de que la posibilidad de traslado del SPPr al SPuP por las causales desarrolladas por este Tribunal en la STC 1776-2004-PA, y en la presente sentencia, generarán un cierto margen adicional de gasto público. No obstante, existen, cuando menos, tres razones de fundamental relevancia en virtud de las cuales este Colegiado encuentra mérito suficiente para dotar de efecto vinculante inmediato a la presente resolución. En primer lugar, porque el referido gasto público es reducido y no se aplica de inmediato, en la medida de que, conforme a lo establecido por el artículo 5o de la ley impugnada, cada traslado del SPPr al SPuP supone transferir directamente a la ONP el saldo de las respectivas Cuentas Individuales de Capitalización (CIC), y, de ser el caso, el valor del Bono de Reconocimiento o el Título de Bono de Reconocimiento. En otras palabras, en el inmediato plazo, producido el traslado, el pago de las pensiones se realiza con cargo a estos conceptos y no a recursos estatales.

En segundo lugar, porque ha sido el propio legislador, y no este Tribunal, el que ha reconocido que el Estado, con cargo al Fondo de Reservas Previsionales, se encuentra en capacidad de cubrir los costos de las pensiones mínimas tanto en el SPuP como en el SPPr. Lo cual, por cierto, no es óbice para que, de conformidad con el fundamento 38 a. *supra*, se obligue a las AFPs a contribuir a la financiación del referido Fondo.

El Tribunal Constitucional da por descontado que su sentencia generará un gasto adicional y que será, además, bastante oneroso (¿cómo puede saber que ese gasto adicional será oneroso?). Sin embargo, sostiene que, pese a ello, su sentencia no entrañará riesgo alguno para el Estado pues «ha sido el propio legislador, y no este Tribunal, el que ha reconocido que el Estado, con cargo al Fondo de Reservas Previsionales, se encuentra en capacidad de cubrir los costos de las pensiones mínimas tanto en el SPuP como en el SPPr». Pero ¿qué hubiera pasado si, por ejemplo, no existiera ese fondo? ¿El Tribunal hubiera afirmado lo mismo o, como se deduce de su sentencia, se habría abstenido? No hay forma de saberlo, y en esto radica la crítica principal a su sentencia.

El problema de la escasez de recursos no es que estos lo sean, sino que el Estado no haya explicitado cuáles son sus prioridades frente a esta escasez. La protección del derecho a la vivienda puede ser prioritario y agotar todos los recursos existentes y, viceversa, puede serlo y no agotar todos los recursos. El papel que le toca cumplir al juez constitucional es discriminar precisamente cuándo y por qué la protección de un derecho (a secas) es más relevante que otro y, en esa medida, evaluar si los recursos del Estado son suficientes para ello o no. Si vamos a aceptar que la escasez es un elemento que se debe tomar en cuenta, lo menos que podemos pedirle al juez constitucional es que nos diga por qué en unos casos sí está dispuesto a aceptar la erogación de recursos por parte del Estado por qué en otros no.

El problema es que, por lo general, el juez constitucional no realiza este análisis y se queda simplemente con la versión del gobierno. No se trata de que los recursos sean escasos sino, como afirmó en su oportunidad la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso *Grotboom*, que

el Estado justifique por qué lo son para unos mientras que para otros no. A nadie le queda duda, por ejemplo, de que el derecho a la libertad de expresión es un derecho exigible ante los tribunales, pero sí que el derecho a la salud lo es. Ello porque, desde una visión tradicional, el derecho a la libertad de expresión supuestamente no demanda la erogación de recursos; mientras que el derecho a la salud sí, cuando en realidad ambos lo requieren. No se trata, por tanto, de que unos derechos cuesten más que otros, sino de determinar si existen razones constitucionales de peso para que el Estado invierta más en unos derechos que en otros.

2.3. Los derechos sociales y su conexidad con otros derechos fundamentales

La doctrina de la conexidad también ha sido tomada en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Según esta doctrina, los derechos sociales son exigibles siempre y cuando actúen como precondiciones de un derecho civil y político. Por ejemplo, el derecho a la educación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, o el derecho a la salud con el derecho a la vida. Como se sabe, para que una persona pueda desarrollar sus planes de vida autónomamente (derecho al libre desarrollo de la personalidad), necesita gozar de una formación, aunque sea mínima, que le brinde las herramientas suficientes para ello (derecho a la educación). De la misma forma, para gozar del derecho a la vida se requiere, previamente, gozar de una salud adecuada (derecho a la salud). Así, pues, si bien no se demanda, directamente, la exigibilidad de un derecho social, por la vía de la exigibilidad de un derecho civil sí se hace. Como sostuvo el Tribunal Constitucional en su STC N.º 3426-2008-HC/TC:

[...] el artículo 2o.I de la Norma Fundamental señala que toda persona tiene derecho a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Sobre el particular tiene dicho este Tribunal que el derecho a la integridad personal se encuentra vinculado con la dignidad de la persona, el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad personal. Tiene implicación con el derecho a la salud en la medida que la salud tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo así en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Puntualmente, en este caso lo que se discutió fue el derecho a la salud mental de un grupo de reos que no contaban con los servicios suficientes para una atención adecuada. Lo que ordenó, entonces, el Tribunal Constitucional fue que los trasladaran a otros centros penitenciarios donde sí tuvieran acceso a esa atención, o en su defecto a centros médicos que preventivamente pudieran atenderlos. El problema fue, sin embargo, que ningún centro de salud quiso recibirlos.

Sobre la base de esta evidencia, el Tribunal Constitucional sostuvo que se había configurado un estado de cosas inconstitucional (ECI). Según el supremo intérprete de la Constitución, la situación por la que atravesaban estos reos no era nueva y, en gran medida, era responsabilidad de las autoridades, tanto de ese Gobierno como de los anteriores, por no haber tomado las medidas adecuadas para paliar los efectos de esta problemática. Por esa razón:

[...] este Tribunal Constitucional en cuanto garante último de los derechos fundamentales, considera que para la superación del problema, que es de naturaleza estructural, se hace necesaria la intervención activa y oportuna no solo de las autoridades emplazadas, sino fundamentalmente, coordinada y/o mancomunada, de los demás sectores o Poderes del Estado (Ministerio de Justicia,

Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, este Tribunal exige el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adopten un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo, judicial y de otra índole que tengan por objeto superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución.

Es interesante ver cómo en este caso el Tribunal Constitucional realiza un reconocimiento fuerte de derechos, pero descuida la eficacia de sus órdenes. Para el Tribunal Constitucional, pese a la problemática descrita, es suficiente con exhortar a las autoridades de los distintos sectores de la Administración Pública a que hagan algo, sin considerar que la última palabra, al margen de su sentencia, la tendrán siempre esas mismas autoridades. Una estrategia distinta hubiera sido que el Tribunal Constitucional se aboque a la solución del caso, pero enmarcándolo en una problemática más amplia—declaración de un ECI—, emitiendo órdenes que por su propia naturaleza no hubiera podido dejar de cumplir el Estado. Estas órdenes pudieron haber sido, por ejemplo, que el Estado explique detalladamente a cuánto ascendía su presupuesto en materia de salud y sobre la base de qué criterios fue diseñado; cuáles habían sido las medidas que adoptó para resolver la situación de los pacientes con enfermedades mentales; si no había adoptado criterios, plausibles desde un punto de vista constitucional, sobre cómo y en qué gastar su presupuesto en materia de salud y, de no ser así, que lo reestructure y adopte las medidas más adecuadas para su aprobación en el plazo más breve, etcétera.

Asimismo, la estrategia seguida por el Tribunal Constitucional en este caso, según la cual la exigibilidad del derecho a la salud es llevada a cabo indirectamente mediante la exigibilidad del derecho a la vida, presenta algunas dificultades. Un primer aspecto que se debe tomar en cuenta es que si se acepta esta tesis, automáticamente se estaría reconociendo que el derecho a la salud no es exigible per se, sino en relación con el derecho a la vida. La estrategia seguida por el Tribunal Constitucional en esta sentencia replica, en ese sentido, la división tradicional entre derechos sociales y derechos civiles y políticos según la cual solo estos últimos son exigibles. Menos problemático hubiera sido que el Tribunal Constitucional reconociera que el derecho a la salud es exigible en sí mismo, más allá de si guarda relación con el derecho a la vida o no.

2.4. El Tribunal Constitucional y los mandatos al legislador

En la sentencia anterior, el Tribunal Constitucional pensó en una estrategia de exigibilidad que se asemeja a la que, salvando las distancias, se ejecutó en el caso *Grotboom* en Sudáfrica, o en el caso de los desplazados en Colombia (T-025). Esta consiste en que la protección de un derecho social debe llevarse a cabo, en tanto se trata de un derecho prestacional, mediante la colaboración de los distintos poderes y organismos públicos del Estado. La forma cómo debía llevarse a cabo esta colaboración consistía, por su parte, en que cada una de estas entidades actuara de acuerdo con sus competencias a favor de la protección más amplia de estos derechos. El problema con esta estrategia es que, a diferencia de la Corte Constitucional colombiana o la Corte Constitucional sudafricana, el Tribunal Constitucional incidió únicamente en el reconocimiento de los derechos y dejó de lado el plano de las órdenes y su seguimiento.

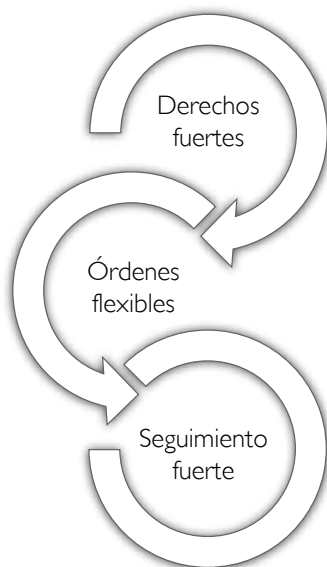
En efecto, el Tribunal Constitucional recurre tanto en la STC N.º3426-2008.HC/TC como en la STC N.º 0014-2007-PI/TC a la estrategia de exhortar al legislador a que adopte las

medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos sociales fundamentales. En otras palabras, pese a que reconoce la vulneración de estos derechos en el caso concreto y plantea su protección de acuerdo con lo que dispone la Constitución, opta por ceder la posta al Poder Legislativo para que sea este órgano el responsable de implementar las medidas de garantías de los derechos sociales.

El principal problema con esta estrategia es que, en última instancia, el legislador no está obligado a poner en práctica lo que le recomendó el Tribunal Constitucional. El legislador, de hecho, tiene hasta tres opciones: la primera, aceptar la exhortación del Tribunal Constitucional; la segunda, rechazarla de plano; y la tercera, cumplirla pero con reservas y de acuerdo con sus tiempos y preferencias. Ninguna de las tres es eficaz para la protección de los derechos sociales. El éxito de cortes como la colombiana o la sudafricana en la protección de los derechos sociales radica en que no solo se concentran en el plano del reconocimiento de los derechos, sino también en el plano de las órdenes y su seguimiento. Las órdenes, en últimas, son la parte más sensible e importante de un tribunal comprometido con la protección de los derechos sociales. No basta con que, en un sentido abstracto, se reconozca un derecho social; sino que, adicionalmente, se ponga énfasis en las medidas para su protección efectiva. Estas medidas, si bien no siempre podrán (ni deberán) ser ejecutadas directamente por el Tribunal, sí sirven como parámetro para que posteriormente el juez constitucional realice su seguimiento y compruebe si, efectivamente, el órgano responsable de su ejecución las puso en práctica o no.

El modelo de exigibilidad de los derechos sociales seguido, por ejemplo, en el caso de los desplazados en Colombia tuvo esas características. En ese caso, la Corte Constitucional declaró la violación sistemática de una serie de derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a la salud, a la educación, a la propiedad, a la vida, a la vivienda, etcétera), pero a la vez dispuso que sea el Gobierno el responsable de llevar a cabo una estrategia para superarla. En otras palabras, si bien la Corte reconoció la violación de una serie de derechos fundamentales, no emitió una orden destinada a que el Gobierno adoptara, en la oportunidad y la forma que creyera conveniente, una fórmula para su solución, sino que emitió una orden directa mediante la cual le exigía al Gobierno tomar cartas en el asunto y hallar una solución realista para las causas subyacentes a este caso. La Corte no le impuso al Gobierno una solución ad hoc, pero tampoco permitió que adoptara la solución que quisiera. Asimismo, la Corte le impuso al Gobierno un calendario para que se reúna, en sesiones que iban a ser supervisadas y dirigidas por la Corte, con las víctimas y sus representantes. Estas reuniones tenían como finalidad encontrar soluciones realistas, y en un plazo razonable, al problema de los desplazados, motivado por una omisión del Estado. En este caso, la Corte pensó en un modelo de exigibilidad de los derechos sociales compuesto por el reconocimiento fuerte de derechos, órdenes flexibles, que no es lo mismo que decir exhortaciones al legislador, y seguimiento fuerte de esas órdenes.

Gráfico N.º I



Elaboración propia

2.5. Conclusión

La justiciabilidad de los derechos sociales está en cuestión. Según el Tribunal Constitucional, ella depende de los recursos económicos disponibles, de su relación con otros derechos civiles y políticos, y de su implementación progresiva. No depende de suposición subjetiva, como sostiene Robert Alexy (1997: 186 y ss.) ni de la distribución equitativa de los recursos por parte del Estado.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha aunado a la tesis de la no justiciabilidad de los derechos sociales a través de dos estrategias. La primera de ellas consiste en señalar que su justiciabilidad depende de su conexidad con otros derechos civiles y políticos. El caso del derecho a la salud con el derecho a la vida es el más conocido. Y la otra consiste en señalar que depende de la disponibilidad presupuestal del Estado.

En el presente artículo hemos querido echar luz sobre la forma cómo el Tribunal Constitucional ha arribado a ambas conclusiones y cómo, a su vez, su actuación se inserta dentro de una narrativa más amplia, donde, por ejemplo, existen miradas y planteamientos más audaces en países del sur global como Colombia o Sudáfrica. En ese sentido, la mirada aportada por el Tribunal Constitucional no resulta, en lo absoluto, original. Aunque, eso sí, debe reconocerse que ha dado un paso importante al sostener que los derechos sociales, del mismo modo que los derechos civiles y políticos, son derechos fundamentales exigibles.

El problema surge precisamente cuando se trata de dar el paso siguiente, el del reconocimiento de los derechos sociales hacia su exigibilidad. Lo primero está fuera de toda duda; mientras

que lo segundo depende de una serie de precondiciones y factores que, según el Tribunal Constitucional, no están dentro de sus competencias. Uno de ellos, quizá el más importante, es el de la disponibilidad de recursos. Según el Tribunal Constitucional, en la medida que los derechos sociales demandan la erogación de recursos, su exigibilidad depende esencialmente del Gobierno. De ahí que en lugar de que le ordene que haga algo en un sentido concreto, lo exhorte a que haga algo, lo que sea, a secas.

En Colombia y en Sudáfrica la experiencia ha sido distinta. En estos países también se reconoce la fundamentalidad de los derechos sociales; pero, a diferencia del Perú, sus cortes de justicia han avanzado en la creación de remedios para su exigibilidad directa. El más conocido es el denominado *activismo dialógico*, implementado por la Corte Constitucional de Colombia en el caso de los desplazados (T-025), y que dio origen al diseño de una serie de políticas públicas que motivaron el diálogo y la deliberación pública del Estado con diferentes agencias y personalidades vinculadas a este caso. En Sudáfrica se presentó una situación similar. En el caso *Grotboom*, la Corte de ese país le impuso al Gobierno la obligación de responder no solo sobre la problemática de las personas afectadas por la falta de viviendas, sino sobre su responsabilidad por no haber garantizado durante muchos años el goce de este derecho a los más necesitados.

En el Perú, ese tipo de respuestas todavía resultan extrañas. No solo no se han dado sino que, a juzgar por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Poder Judicial, están lejos de darse. El problema, nuevamente insistimos, radica en que se ha puesto demasiada atención en el reconocimiento de los derechos, pero no en los remedios para su exigibilidad. Se trata de dos momentos distintos que es preciso distinguir. El primero alude al reconocimiento de una determinada situación o conducta como parte integrante de un derecho; mientras que el segundo alude a la creación de una orden concreta (dirigida al Estado o a los particulares) para su aplicación en el caso concreto.

El problema con que no se distinguen estos dos planos es que se incurre en la misma violación de los derechos sociales que se denunciaba antes, pero con el agravante que ahora se acepta que sí se reconocen y garantizan. No basta con que se acepte la existencia de un derecho para que este genere efectos en la realidad. Además de ello, se debe pensar en estrategias creativas que permitan articular un mecanismo que se adapte a sus características y necesidades puntuales. En el caso de los derechos sociales, esas estrategias están aún por crearse, aunque contamos con la ventaja de que ya han sido exploradas en la experiencia comparada. Si se replican sus aciertos y se evitan sus errores, serán de una gran ayuda para la exigibilidad de los derechos sociales en un escenario de desigualdad y debilidad institucional como el nuestro.

Bibliografía

I. Libros y artículos

- ALEXY, Robert
1997 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- ARANGO, Rodolfo
2005 *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Legis.
- ATRIA, Fernando
1994 «¿Existen los derechos sociales?». *Doxa* número 4, pp. 15-59.
- BALDASSARRE, Antoni
2004 *Los derechos sociales*. Bogotá: Universidad del Externado.
- BARACK, Aharon
2006 *The Judge in a Democracy*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- BERLIN, Isaiah
2000 «Dos conceptos de libertad». En Isaiah Berlin. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, pp. 215-280.
- BLUME, Ernesto
1996 «El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución». *Pensamiento Constitucional*, volumen III, número 3, pp. 293-337.
- CAMPOS, Heber
2007 *Críticas y aproximaciones sobre el control de constitucionalidad de las leyes en el Perú*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

- COURTIS, Christian y Víctor ABRAMOVICH
2008 «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales». En *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- 2002 *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- DWORKIN, Ronald
2010 *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- ESPEJO, Nicolás
2010 «Derechos sociales, republicanismo y Estado de derecho». En Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo y César Rodríguez (coordinadores). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, pp. 155-193.
- FERRAJOLI, Luigi
2006 *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo
2008 *El derecho procesal constitucional en perspectiva*. Lima: IDEMSA.
- GARGARELLA, Roberto
2008 «Justicia y derechos sociales: lo que no dice el argumento democrático». En *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, pp. 965-972.
- GROSSMAN, Lucas
2008 *Escasez e igualdad*. Buenos Aires: Librería.
- HAYEK, Friedrich
1998 *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Londres: Routledge.
- IGNATIEFF, Michael
2003 *Los derechos humanos como política e idolatría*. Barcelona: Paidós.
- PÉREZ MURCIA, Luis y otros
2007 *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Dejusticia.
- PISARELLO, Gerardo
2007 *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- RAWLS, John
2006 *Teoría de la justicia*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- RODRÍGUEZ, César y Diana RODRÍGUEZ
2010 *Cortes y cambio social*. Bogotá: Dejusticia.

- SEN, Amartya
1999 *Development as Freedom*: Oxford: Oxford University Press. Publicado en español como *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta, 2000.
- SUNSTEIN, Cass.
2001 *Designing Democracy. What Constitutions Do*. Oxford: Oxford University Press.
- SUNSTEIN, Cass y Stephen HOLMES
2010 *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

2. Sentencias del Tribunal Constitucional

Caso *Libre desafiliación de las AFP*: STC N.º 0014-2007-AI/TC

Caso *ONP*: STC N.º 5561-2007-PA/TC

Caso *Pago de horas extras*: STC N.º 5924-2009-PA/TC

Caso *Salud mental*: STC N.º 3426-2008-PHC/TC

Caso *Cadete embarazada*: STC N.º 5527-2008-PHC/TC

COMENTARIOS

Elena C. Alvites Alvites

Profesora de la Escuela de Posgrado y del Departamento Académico de Derecho-PUCP

Es muy difícil no coincidir con el profesor Campos tanto en relación con el carácter fundamental de los derechos sociales como a su condición de derechos exigibles. Adicionalmente, los tres paradigmas que se plantean respecto a su condición de derechos exigibles (del abuso, de inclusión y de la escasez) no son contradictorios con el planteamiento de las obligaciones positivas y negativas que generan todos los derechos fundamentales. Dichos paradigmas tampoco se oponen a las tesis de la doble dimensión de los derechos fundamentales que, como instituciones objetivas y no solo como derechos subjetivos, también fundamentan y dan legitimidad a las funciones del Estado. De cierto modo, es posible afirmar la coincidencia entre el doble carácter de los derechos fundamentales con el paradigma de la inclusión, así como con la diferenciación entre precondiciones y funciones de Estado.

No obstante las grandes coincidencias, dado el papel de comentarista que me corresponde desempeñar, enumeraré en los siguientes párrafos algunas reflexiones adicionales:

- a) El aporte del constitucionalismo social supuso, entre otros aspectos, la incorporación de los derechos sociales con la finalidad de hacer más justos los ordenamientos jurídicos; así, los derechos sociales en los catálogos de derechos fundamentales vienen a cumplir funciones político-constitucionales trascendentes para una sociedad política que aspira a ser democrática, pues concretan los principios y valores que se hallan a la base de los sistemas constitucionales, como la libertad o la igualdad.¹ En esa medida, los derechos sociales cumplen las siguientes funciones: a) amplían la eficacia de los derechos fundamentales de libertad, y extienden su eficacia a un número mayor de individuos, es decir, cumplen una función correctora del proceso constitucional; b) al complementar y dotar de mayor densidad a la libertades

¹ Así, a partir de una visión dialéctica del derecho constitucional se ha indicado que la realización de los derechos sociales, por parte del Estado, tiene como objetivo solventar la reproducción de la fuerza de trabajo, contribuyendo también a su calificación como mano de obra. En esa medida, la extensión de los derechos sociales viene a ser un factor de legitimidad del Estado, pues lo hace aparecer como el Estado de todos que se orienta al interés general (De Cabo 1986: 34-35).

- fundamentales, realizan una función liberadora; y c) al posibilitar la realización de la igualdad material entre los seres humanos, cumplen una función igualadora (Alvites 2008: 19).
- b) Ciertamente, existe más consenso respecto a la legitimidad de incorporar los derechos sociales en los ordenamientos constitucionales, porque estos, al igual que los derechos de libertad, responden a las exigencias de la libertad, la igualdad, la justicia e incluso la dignidad humana, y vinculan esta última con el concepto de daño, por no satisfacción de necesidades básicas. Sin embargo, tal consenso se rompe cuando nos interrogamos en torno al alcance normativo de los derechos sociales; en especial, cuando se trata de articular en torno a ellos garantías para su efectividad.
 - c) Tal disenso no es gratuito; tiene una base ideológica que no siempre se explicita a pesar de que la ideología del operador jurídico está presente en la forma en la que nos aproximamos a la interpretación y aplicación del derecho; y, por ende, está presente también en la construcción de nuestros argumentos. La base ideológica del disenso está vinculada a cuál es la concepción de justicia y de Estado de Derecho que acogen los autores que cuestionan tanto el carácter fundamental como la exigibilidad de los derechos sociales. Esta base ideológica, a mi entender, no es del todo abordada por el profesor Campos.
 - d) No obstante, el profesor Campos hace bien en evidenciar cómo desde el paradigma de la inclusión y desde el paradigma de la escasez no hay diferencia en la estructura jurídica de las obligaciones y el costo de los derechos fundamentales en general; es decir, de los derechos sociales y los derechos de libertad en conjunto. Así, su ejemplo sobre la garantía del derecho a la propiedad privada a través de los registros públicos da cuenta sobre los recursos que invierte el Estado en pos de la protección efectiva de este derecho; dicha inversión, en la práctica, se asemeja a la inversión que debe realizar el Estado para garantizar la calidad en la atención de la salud. Sin embargo, probablemente, el destino que se dé a los recursos para la salud no sean identificados con la garantía de un derecho fundamental o, en todo caso, se sujetará dicho gasto a que el Estado cuente con mayores recursos.
 - e) En estricto, no es posible establecer gradaciones a la efectividad de los derechos sociales en relación con su supuesto mayor costo, salvo que se acoja una idea de justicia de carácter contingente e individual. Es decir, solo es posible si se acoge una idea de justicia que no tenga pretensión universal e igualitaria en tanto la atribución de bienes (libertades, inmunidades, etcétera) a todos los seres humanos.
 - f) En todo caso, si se adopta una acepción de justicia de carácter universal, frente a la limitación de los recursos, es preciso poner en evidencia que el intérprete jurídico, el juez, probablemente se verá forzado a adoptar una decisión política sobre los derechos que se han de garantizar. Esta decisión, sin embargo, debe partir de afirmar el igual reconocimiento y valor normativo de todos los derechos. Dicho punto de partida, nos sitúa, nuevamente, frente al reto que Hermann Heller planteó respecto a la Constitución de Weimar y la necesidad de afirmar y construir una teoría jurídica

sobre la exigibilidad de los derechos sociales para que no sigan siendo «una serie de proposiciones programáticas sin fuerza jurídica de obligar» (Heller 1985: 271).

- g) En este escenario, es interesante lo que plantea el profesor Campos vinculado al paradigma de la inclusión, y si el Estado tiene o no la cobertura institucional suficiente para garantizar los derechos. Se trata de una idea que requerirá profundizarse, dado que nos plantea la afirmación de la exigibilidad de los derechos sociales en escenarios como el Perú, con un Estado y una institucionalidad débil, tanto desde el punto de vista de aparato estatal como de ciudadanía.
- h) Sobre la concepción de Estado que se adopta, es importante destacar que si en las constituciones, como la Constitución peruana de 1993, se ha afirmado la idea de Estado social y democrático de derechos; en la práctica, el constitucionalismo social no ha sabido responder al reto de construir una teoría jurídica sobre la eficacia normativa de dicha fórmula constitucional y de los derechos sociales que se desprenden de esta. En esa medida, la discusión sobre la exigibilidad de los derechos sociales todavía se encuentra relacionada con las omisiones normativas y dogmáticas que acompañaron la adopción de la fórmula de Estado social y democrático. Estas omisiones, precisamente, frente a la escasez de recursos, facilitan negar la eficacia normativa y, por ende, la exigibilidad de los derechos sociales.²
- i) El Estado social y democrático de derecho no cuenta con una estructura institucional propia destinada a garantizar aquellos elementos que le dan contenido, como sí la tuvo el Estado de derecho liberal para los derechos individuales. En efecto, la fórmula política de Estado social y democrático no se construyó a la par de una teoría política del Estado social de derecho; en esa medida, constituye una deuda pendiente del constitucionalismo construir «una estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado» (Ferrajoli 2000: 68). Así, mientras esta sea una deuda pendiente, las categorías jurídicas tradicionales seguirán resultando insuficientes para garantizar la plena realización de los derechos sociales; de ahí que sean importante los aportes sobre el activismo dialógico que comparte el profesor Campos en el presente documento, dado que se tratan de estrategias que contribuyen a afirmar la exigibilidad de los derechos sociales.
- j) En esa medida, el activismo dialógico como estrategia empleada por los pares de nuestro Tribunal Constitucional, en Colombia y Sudáfrica, al no concentrarse únicamente en el plano del reconocimiento de los derechos, da flexibilidad a los jueces constitucionales para establecer órdenes que, realmente, garanticen los derechos de las personas. Estas órdenes, además, podrían ser objetivo de seguimiento por parte de los órganos jurisdiccionales mediante un proceso de «diálogo» entre las personas

² En efecto, al encontrarse estos derechos ligados a la evolución del Estado social, la supuesta crisis de dicho modelo estatal impacta también negativamente en los derechos sociales: «A ello ha contribuido la deficiente articulación jurídica de esos derechos que han carecido de una cobertura garantista adecuada, de manera que uno de los supuestos básicos del Estado social (de Derecho) ha seguido bajo el instrumental jurídico del Estado liberal» (De Cabo 1997: 233).

afectadas en sus derechos y las entidades del Estado obligadas. Ciertamente, el empleo de esta estrategia de protección de derechos sociales por parte de nuestro Tribunal Constitucional supondría un avance importante frente a la efectiva protección de dichos derechos y del principio de supremacía de la Constitución; pues, para afirmar ambos contenidos constitucionales, no basta solo con enunciarlos en sus sentencias y exhortar su cumplimiento, sino emplear instrumentos que los hagan efectivos en la realidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVITES, Elena
2008 «Democracia y derechos sociales. Reflexiones en torno a su exigibilidad y satisfacción». *Gaceta Constitucional*, número 6, 2008, pp. 17-34.
- CABO, Carlos de
1997 *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- 1986 *La crisis del Estado social*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
- FERRAJOLI, Luigi
2000 *El garantismo y la filosofía del derecho*. Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, número 15. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HELLER, Hermann
1985 «El derecho constitucional de la República de Weimar. Derecho y deberes fundamentales». En *Escritos políticos*. Madrid: Alianza Editorial, pp. 269-281.

RESPUESTA DEL AUTOR

Los comentarios tanto de la profesora Elena Alvites como del profesor Sinesio López el día de la presentación de este Cuaderno de Trabajo me han sido útiles para repensar y replantear algunas ideas que esboqué inicialmente en él. El profesor Sinesio López expuso sus comentarios a mi texto el día de su presentación de forma muy aguda y original, destacando, sobre todo, la dimensión histórica de los derechos sociales en el Perú y su relación, inescindible, con el régimen político; mientras que la profesora Elena Alvites expuso sus comentarios tanto el día de la presentación de mi Cuaderno como por escrito, lo cual me permite subrayar dos puntos que considero sumamente relevantes de su crítica: *a*) que no es explícita la teoría (o teorías) de la justicia en las cuales se basa mi trabajo y *b*) que se debe poner un mayor énfasis en la dimensión normativa y procesal de los derechos sociales en el Perú.

Antes de responder a cada una de sus intervenciones, quisiera aprovechar la oportunidad para agradecerles por su generosidad y buena disposición. Sus comentarios no solo enriquecieron mi trabajo, sino que, además, dieron cuenta de la enorme complejidad que acompaña a la exigibilidad de los derechos sociales en nuestro medio.

I. La dimensión histórica de los derechos sociales: una agenda pendiente

El profesor Sinesio López sostiene que los derechos sociales no pueden pensarse en nuestro país sino se toma en cuenta el correlato histórico que los acompaña. Para él, su reconocimiento tiene que ver, en gran medida, con el nivel de institucionalidad que hemos alcanzado. Si nuestras instituciones son débiles —como que lo son—, la protección de nuestros derechos también tenderá a serlo —como que tiende a serlo—. Los derechos sociales no escapan a esto y, por el contrario, se hallan, incluso, más expuestos, pues a diferencia de los derechos civiles existe el prejuicio de que se trata de derechos de segunda categoría y que, por tanto, no pueden ser reclamados válidamente frente al Estado si no se cumplen previamente requisitos como que el Gobierno cuente con recursos, o que no tenga otras obligaciones tan o más urgentes que la protección de los derechos sociales.

El profesor Sinesio López relaciona esta crítica con la debilidad de nuestras instituciones democráticas y señala que es sintomático de estas que no se protejan los derechos sociales. Lo contrario, es decir, que sí se protejan, sería lo excepcional; no deberíamos esperar que el Estado

respete y garantice estos derechos si no contamos con mecanismos institucionales producto de una auténtica democracia. Y ¿cuáles son estos mecanismos? Por un lado, la existencia de un proceso de deliberación pública que permita que los ciudadanos expresen libremente sus puntos de vista y participen en la construcción de las decisiones colectivas que los afectan; por otro lado, una protección robusta de sus derechos que obligue a quienes ejercen el poder a actuar con arreglo a las demandas e intereses de la ciudadanía. Si los gobernantes piensan que nadie puede poner freno a sus excesos, entonces, tenderán a seguir actuando de esta forma; si, por el contrario, piensan que sí es posible ponerle coto a sus excesos, tenderán a actuar de forma más prudente y moderada.

Pienso lo mismo que el profesor Sinesio López. Al igual que él, en efecto, considero que la agenda de los derechos sociales en el Perú, y en general, en América Latina, ha sido la agenda del fracaso de nuestras instituciones. Cuando estas han sido débiles, la protección de los derechos sociales ha sido casi inexistente o nula, y cuando han sido más bien florecientes y robustas, la protección de estos derechos ha sido significativa. El punto es que, a diferencia de otros países de la región, como Colombia o Chile, por citar solo dos ejemplos, nuestras instituciones políticas nunca han sido florecientes y robustas, sino todo lo contrario. Esto explica por qué la exigibilidad de los derechos sociales ha estado atada a la voluntad política del Estado; y por qué, a diferencia de estos otros países, nuestros jueces han tenido una lectura complaciente de las omisiones del Estado recurriendo a doctrinas tan polémicas como la de la progresividad de los derechos sociales, o la de su conexidad con los derechos civiles para justificarlas.

2. La teoría de la justicia que subyace a la protección de los derechos sociales

La profesora Elena Alvites señala que, en términos generales, no existe discusión acerca del reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, lo cual, sin embargo, no significa que no haya discusión en cuanto a su exigibilidad. En efecto, señala que algunos autores consideran que su exigibilidad debiera ser progresiva o programática; mientras que otros consideran que debiera ser directa, siendo que lo que distingue a los unos de los otros es una diferencia ideológica basada en una determinada teoría de la justicia.

La profesora Alvites tiene razón. En mi trabajo no explico a qué teoría de la justicia se adhiere mi planteo, ni a cuáles se opone; aunque, como bien indica, ello se insinúa por la forma cómo me aproximo a estos puntos, aunque incidentalmente. Pienso, y así lo señalo en el Cuaderno, que la exigibilidad de los derechos sociales debiera ser directa; decir lo contrario sería desconocer la condición de derechos fundamentales que poseen y que, como señala la profesora Alvites, nadie o casi nadie pone en cuestión. Los argumentos que se oponen a la exigibilidad directa de los derechos sociales son, en esencia, argumentos utilitaristas y poco claros. En el Cuaderno hago una revisión somera de ellos, los cuales son los siguientes:

- a) Argumentos que ponen énfasis en el costo de los derechos
- b) Argumentos que ponen énfasis en la estructura normativa de los derechos sociales
- c) Argumentos que ponen énfasis en la autoridad democrática de los jueces para su reconocimiento

La crítica que desarrollo contra estos argumentos es normativa. Pienso que no es posible afirmar que los derechos sociales son derechos fundamentales y al mismo tiempo sostener que no son exigibles. Si una afirmación tal fuera cierta, entonces, los derechos civiles, que también son derechos fundamentales, tampoco serían exigibles, lo cual es absurdo. Los derechos sociales son exigibles no porque no irroguen gastos o porque no supongan una violación al principio de división de poderes, sino porque son fundamentales y se basan en la dignidad humana. En otras palabras, los derechos sociales no son fundamentales porque son exigibles; son exigibles precisamente porque son fundamentales.

A la luz de esta premisa, la crítica que desarrollo en el Cuaderno se inspira en una teoría de la justicia como la rawlsiana que piensa que el fin de las instituciones sociales no es su eficacia, sino su justicia; en ese sentido, la ausencia de recursos o el papel que cumple el juez en una democracia terminan siendo aspectos contingentes cuando lo que está en juego es la protección y garantía de los derechos fundamentales como sucede en este caso.

3. El rol dialógico del juez constitucional como garante de los derechos sociales

Lo anterior, sin embargo, tampoco quiere decir que no se tome en cuenta un problema que ha estado aparejado a la exigibilidad de los derechos sociales en nuestro medio: el activismo de los jueces constitucionales. En efecto, cada vez que se piensa en la eficacia directa de estos derechos, automáticamente, se plantea el argumento según el cual los jueces no pueden emitir órdenes que atenten contra el principio de división de poderes. Esto, en términos llanos, quiere decir que los jueces no pueden ni deben intervenir en ámbitos que no son de su competencia, como son la distribución del gasto público o la identificación de las prioridades sociales.

Frente a esta, en apariencia, aporía, propuse en el Cuaderno una mirada intermedia entre la que sostiene que los jueces constitucionales no deben intervenir en materia de derechos sociales y la que sostiene que los jueces constitucionales sí pueden hacerlo sin tomar en cuenta si el Estado está en condiciones de soportar el gasto público que ello significa. Esta mirada intermedia es la que conjuga el reconocimiento, los remedios y el seguimiento de las órdenes en materia de derechos sociales y que ha sido desarrollada, por ejemplo, por cortes constitucionales como la colombiana o la de Sudáfrica. Esta mirada apunta, en ese sentido, al denominado *rol dialógico* del juez constitucional y consiste en conciliar el reconocimiento fuerte de los derechos sociales con remedios efectivos, que no se queden solo en el papel.

Aplicado al caso del Perú, este modelo demandaría que el Tribunal Constitucional evitara emitir meras sentencias exhortativas y se concentrara en pensar en remedios efectivos para la problemática que rodea a la exigibilidad de los derechos sociales; demandaría que los jueces sean conscientes de la importancia de estos derechos para la vigencia del orden democrático, y de que la última palabra sobre su garantía recae en el Gobierno sin que ello signifique que se mantenga el statu quo o la parálisis institucional. A lo que apunta este modelo justamente es a destrabar el bloqueo institucional que acompaña a la exigibilidad de los derechos sociales mediante un seguimiento permanente de las órdenes de los jueces, dándoles a las autoridades un margen de acción para que actúen en atención al interés público.

En suma, no se trata de alabar las bondades del conservadurismo judicial, pero tampoco del activismo ingenuo. De lo que se trata es de optimizar la participación democrática mediante un modelo de exigibilidad de los derechos sociales que privilegie el diálogo y la deliberación pública por encima del enfrentamiento entre cortes y Gobierno. Si esta premisa se toma en serio, se podría avanzar a pasos agigantados en la exigibilidad de los derechos sociales en nuestro medio; si, por el contrario, se desvirtúa, adoptando alguno de estos dos caminos —el conservadurismo judicial o el activismo ingenuo—, se seguirán discutiendo temas que debemos superar hace mucho.



ISSN: 2310-5011



DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO
Av. Universitaria N° 1801, San Miguel, Lima, Perú
Teléfono: (511) 626-2000 anexos 4930 y 4901
Pontificia Universidad Católica del Perú
<http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/>