

Eficacia de los Derechos Sociales y Control Constitucional de la Potestad Presupuestaria del Estado en el Perú

Erika García Cobián Castro

En el Perú existe una tensión entre derechos sociales y derecho presupuestario, específicamente, en relación al principio de equilibrio presupuestal, que no se ha decantado, siempre o consistentemente, por una solución que optimice la satisfacción de los derechos vinculados. Al respecto, la legislación o las políticas públicas en general, han optado, en diversas materias, por una regulación o diseño que han privilegiado, irrazonablemente, el principio de equilibrio presupuestal antes que los derechos sociales involucrados.

Al respecto, el control a cargo de la justicia constitucional sobre la potestad presupuestaria del Estado para garantizar el respeto de los derechos sociales así como la efectividad del principio de justicia presupuestaria, ha venido expidiendo importantes decisiones -algunas muy recientes- que están aportando criterios presupuestarios para el desarrollo de una línea de análisis y argumentación jurídico-constitucional orientada a dotar de efectividad a los derechos sociales reconocidos en la Constitución peruana. A continuación presentaremos algunos avances en este sentido.

Empezaremos por presentar dos supuestos de regulación en el ámbito del derecho al trabajo y del derecho a la salud, que exponen la aludida tensión entre derechos sociales y presupuesto público. En el ámbito de los derechos de los trabajadores del sector público, por ejemplo, las leyes anuales de presupuesto han incorporado, tradicionalmente, disposiciones que prohibían la negociación colectiva para incrementos salariales de los trabajadores de la administración estatal¹. También se puede encontrar esta misma situación en reciente Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, que contenía un conjunto de disposiciones que excluían las remuneraciones o a las condiciones de trabajo económicas de la negociación colectiva de los trabajadores del Estado². El Congreso de la República, contestó la demanda en el proceso de inconstitucionalidad contra

¹ Como referencia reciente podemos mencionar las siguientes: Ley N° 29812, Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2012, la Ley N° 29951, Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2013; la Ley N° 30114, Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2014, Ley N° 30182, Ley de presupuesto público para el año fiscal 2015.

² Así, por ejemplo, el artículo 31° inciso 2, establecía que: “La compensación económica se paga mensualmente e incluye la Valorización Principal y la Ajustada, y la Priorizada, de corresponder. El pago mensual corresponde a un catorceavo (1/14) de la compensación económica. Las vacaciones y los aguinaldos son equivalentes al pago mensual. **Esta disposición** no admite excepciones ni interpretaciones, **ni es materia de negociación**” (destacado en negrita nuestra).

El artículo 43° de la citada ley, sobre negociación colectiva, considera como peticiones relativas a condiciones de trabajo o empleo que se formulan en el marco del proceso de negociación colectiva, “los permisos, licencias, capacitación, uniformes, ambiente de trabajo y, en general, todas aquellas que faciliten la actividad del servidor civil para el cumplimiento de sus funciones”. De forma expresa, establece que la contrapropuesta o propuestas de la entidad relativas a compensaciones económicas son nulas de pleno derecho (artículo 44°) y que “Los servidores civiles tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen (artículo 42°).

esta misma Ley, defendiendo la prohibición de negociar colectivamente las remuneraciones o compensaciones económicas de los trabajadores, sobre la base de que la negociación colectiva en el ámbito de la administración pública se encuentra limitado por el principio de equilibrio presupuestal³.

En materia de salud, podemos traer a colación, la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud (LMAUS), aprobada con el objetivo de “establecer el marco normativo del aseguramiento universal en salud, a fin de garantizar el derecho pleno y progresivo de toda persona a la seguridad social en salud, así como normar el acceso y las funciones de regulación, financiamiento, prestación y supervisión del aseguramiento”.

Una parte de los cuestionamientos formulados contra esta ley fue la definición de tres formas de aseguramiento diferenciadas en función de la capacidad económica de los asegurados: el seguro contributivo, el seguro semicontributivo y el seguro subsidiado. A cada modalidad de aseguramiento le correspondía una cobertura de diferente alcance, siendo que al régimen contributivo le correspondía una cobertura completa, mientras que las modalidades semicontributiva y subsidiada tenían cobertura básica y sólo respecto de las enfermedades contempladas en el “Plan Esencial de Aseguramiento en Salud-PEAS”. No obstante, la ley incorpora un mecanismo mediante el cual, las personas bajo el régimen subsidiado pueden acceder a la cobertura de algunas enfermedades de alto costo, financiado por el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL), pero no es general sino que se encuentra condicionado y con financiamiento insuficiente (León 2014: p. 1187).

Esta ley fue demandada en un proceso de inconstitucionalidad, alegando que resultaba discriminatoria porque la diferencia en la amplitud de la satisfacción del derecho a la salud se basaba en la condición económica y social de las personas. El Congreso utilizó como parte de los argumentos de justificación de las diferencias entre regímenes o modalidades de la Ley Marco de Aseguramiento Universal, el hecho de encontrarnos en un contexto de escasez de recursos públicos y de disponibilidad presupuestaria⁴.

Estos son sólo dos supuestos ilustrativos de una cultura jurídico-institucional tradicional, que ha venido entendiendo que la razón presupuestaria puede ser suficiente y definitiva para restringir derechos sociales.

En el marco del Estado constitucional y del consiguiente proceso de “*constitucionalización*” del derecho, el presupuesto público no es una finalidad en sí misma, sino que se asume como un instrumento para otorgarle efectividad a los derechos fundamentales, y entre éstos a los derechos sociales. En palabras de CORTI (2010), “una de las finalidades constitucionales de la actividad presupuestaria consiste en otorgarle efectividad a los derechos fundamentales” (pp. 640-642, 648, 651, 656-657). En esta misma línea, la *constitucionalización*” del derecho presupuestario, supone la implementación de los controles constitucionales y la garantía de los derechos fundamentales respecto de la potestad presupuestaria, siendo necesario definir técnicas y criterios para concretar la operatividad de los principios de eficiencia y economía en

³Argumentos de contestación de la demanda en el proceso de inconstitucionalidad signado con EXP 00018-2013-PI/TC, y recogidos por la STC EXP.00018-2013-PI/TC, fundamento jurídico 54.

⁴ STC. EXP. 0033-2010-PI/TC, argumentos de contestación de la demanda y fundamento jurídico 24.

la realización de las fases del ciclo presupuestal a la vez que se garantiza la equitativa asignación de los recursos públicos (Casado 2010: p. 625).

En similar sentido, SIGAL (2016), señala que resulta un desafío producir argumentos presupuestarios consistentes y rigurosos para mejorar las herramientas de control de la actividad del Estado en la implementación de políticas públicas que procuren el respeto y realización de los derechos sociales (p. 8).

Un actor fundamental para ejercer tales controles constitucionales a través de argumentos presupuestarios consistentes y rigurosos será el juez o jueza constitucional, debiendo garantizar la equidad y justicia del gasto público, indispensables para la realización de los derechos sociales.

ATIENZA (2015) defiende el papel de un juez activo, coherente con el modelo del Estado constitucional que no se restringe a una intervención formalista e insuficiente respecto de las exigencias de protección de los derechos que impone el Estado constitucional, pero tampoco desvirtúa la naturaleza de las competencias que le encarga la Constitución ni desnaturaliza el principio de separación de poderes, apelando a interpretaciones basadas exclusivamente en principios y consideraciones morales, desconociendo las reglas establecidas y la dimensión autoritativa del Derecho (pp. 22-23).

Los límites del activismo no pueden definirse del mismo modo en todas las realidades. En países en las que la institucionalidad es más fuerte, la intervención de la jurisdicción constitucional no será exigida en la misma intensidad que en realidades con una institucionalidad débil en las que la protección de derechos fundamentales y de los derechos sociales dependerá, en mayor medida, de la actuación de los jueces constitucionales. Una garantía para evitar la arbitrariedad al respecto, serán las exigencias de la argumentación, y en ese sentido, el juez del Estado constitucional será un juez argumentativo, *“que se toma en serio la obligación de fundamentar sus decisiones y, por ello, acepta también la existencia de ciertos límites: los que marcan la diferencia entre lo que es y lo que no es argumentable en el Derecho”* (Atienza 2015: 22-23).

En el ámbito del control de la actividad presupuestaria del Estado para la garantía y protección de los derechos sociales, el juez o jueza constitucional podrá modular la intensidad de su actividad e intervención en función de una serie de criterios que consideren, la fortaleza de la institucionalidad en su medio, la gravedad de la vulneración o desprotección de los derechos sociales, la identificación de un *estado de cosas inconstitucional*, la oportunidad para extender los alcances de la decisión judicial, entre otros. Asimismo, reiteramos la necesidad de que la intervención judicial pueda acompañarse de argumentos presupuestarios sólidos que puedan convencer y defender la validez y justicia de sus decisiones.

Las directrices que se desprenden del Estado constitucional y del proceso de *constitucionalización* del derecho, en relación con la efectividad de derechos sociales y su vínculo con el presupuesto público, pueden encontrarse reflejadas en las disposiciones que forman parte de la Constitución presupuestaria en el Perú.

La Constitución peruana contempla un capítulo sobre el régimen tributario y presupuestal dentro del Título III sobre “Régimen Económico”. Al respecto, el artículo 77° establece que “La

administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: Gobierno Central e instituciones descentralizadas”. Como criterios esenciales que van orientar su formulación y distribución, la Carta fundamental establece que **“El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización” (...)**.

Por otra parte, el artículo 78° de la misma Carta establece que “El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto (...) El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado”, consagrando el principio de equilibrio presupuestal.

Tales disposiciones interpretadas en conjunto, definen una vinculación entre presupuesto, Estado constitucional y derechos fundamentales en general, y derechos sociales en especial, que vienen orientando la intervención de la justicia constitucional en el Perú, para controlar la constitucionalidad de la potestad presupuestaria del Estado. A continuación presentamos una selección de los criterios y argumentos presupuestarios que consideramos vienen formando parte de un desarrollo jurisprudencial valioso en el Perú, en orden a la garantía y protección de los derechos sociales.

- a. **Los principios de legalidad y equilibrio presupuestal pueden justificar límites al ejercicio de derechos fundamentales, sin embargo, no son absolutos, ni las restricciones que establezcan pueden ser ilimitadas.** Ambos principios se suelen contraponer a las exigencias sociales que implican gasto público o disponibilidad financiera. El Tribunal Constitucional ha definido que por el primero, la Constitución establece una reserva de ley para la aprobación del presupuesto, y en tal sentido, sólo mediante un dispositivo de rango legal se puede aprobar o autorizar la captación de los ingresos fiscales y efectuar los gastos de la misma naturaleza. Por consiguiente, sin la previa existencia de una Ley de Presupuesto, es jurídicamente imposible proceder a la ejecución presupuestal y es inadmisibles la ejecución de gastos.

Por el segundo, de los principios referidos, se establece que la Ley de Presupuesto “debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país (...) lo que entre otras cosas implica que, para efectos de evitar dicho desbalance, ninguna otra norma puede habilitar la ejecución de un nuevo gasto”⁵.

Dichos principios constitucionales no pueden considerarse absolutos ni su sola invocación puede justificar la restricción de derechos sociales. Por ello, en relación con la Ley del Servicio Civil, mencionada en la parte introductoria de este ensayo, el Tribunal Constitucional, en reciente sentencia del 26 de abril de 2016, ha declarado inconstitucionales todas las disposiciones que excluyen las compensaciones económicas de los trabajadores del Estado, de las negociaciones colectivas que entablen con su empleadora. En tal sentido, ha señalado que si bien “(...) el principio del equilibrio presupuestal constituye un límite a la negociación colectiva. (...) [éste] no

⁵STC.EXP. N° 0004-2004-CC (casos Presupuesto del Poder Judicial), fundamento jurídico 9; STC.EXP. N° 0007-2012-PI/TC, fundamento jurídico. 32 (caso FONAVI).

puede llevar al extremo de considerar a la negociación colectiva en la administración pública como un derecho vacío o ineficaz puesto que una interpretación en este sentido sería contraria a la concepción de la Constitución como norma jurídica (...) las remuneraciones de los servidores públicos se determinan en la Ley de Presupuesto del Sector Público de cada Año Fiscal, ello no supone que se tenga que excluir la posibilidad de discutir o negociar la fijación y determinación de los beneficios económicos de los trabajadores públicos siempre que se respete el límite constitucional del presupuesto equitativo y equilibrado antes mencionado⁶”.

- b. **El principio de progresividad no puede entenderse como un principio con carácter indeterminado y, de este modo, no puede invocarse como una justificación de inacción del Estado.** A ello se ha complementado que “el gasto no está exento de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”⁷.
- c. **Incorporación de indicadores de derechos humanos para medir el cumplimiento del principio de progresividad y evaluación de los programas destinados a satisfacer los derechos sociales.** En la sentencia que controla la constitucionalidad de la Ley Marco de Aseguramiento Universal, el Tribunal Constitucional indica que pueden considerarse como elementos para el control del cumplimiento o eficacia del principio de progresividad: i) la verificación de la “existencia de planes concretos”, debidamente estructurados, dirigidos a lograr la ampliación progresiva de la cobertura de salud; ii) control de la realización de “acciones concretas” dirigidas a ejecutar dicho plan o programa; iii) la evaluación de que dichos planes hayan sido elaborados respetando un “enfoque de derechos fundamentales”, iv) control de la inclusión de “indicadores de evaluación” de los programas y la “transparencia” en la rendición de cuentas, a fin de verificar que el Estado haya destinado “hasta el máximo de los recursos disponibles” para lograr progresivamente la satisfacción del derecho, de conformidad con el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, finalmente, v) “control de que en la elaboración y seguimiento” de la política pública se hayan brindado espacios de “participación” para la intervención y control de los ciudadanos, especialmente de los grupos involucrados en dichas medidas⁸.

Finalmente, consideramos que los avances en la construcción de una línea de interpretación jurisdiccional de la Constitución presupuestaria y de argumentos orientados a la garantía de los derechos sociales en el Perú, son importantes, pero todavía requieren profundizar y consolidarse.

Aún está pendiente el reconocimiento por parte de nuestras autoridades e instituciones, de que la justicia constitucional tiene legitimidad para controlar el gasto público en orden a garantizar los derechos sociales de las personas, especialmente, de aquellas en condiciones de vulnerabilidad.

⁶ STC. EXP. 0025-2013-Pirre; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PUTC, 0017-2014-P1/1C, fundamentos jurídicos 162-164.

⁷STC. EXP. 2945-2003-AA/TC, F.J. 36; STC. EXP. N° 2016-2004-AA/TC, fundamento jurídico 35 (casos relativos al derecho a la salud-VIH SIDA).

⁸STC. EXP. N° 0033-2010-PI/TC (Ley Aseguramiento Universal), fundamento jurídico 29.

Por otra parte, la potestad presupuestaria, como objeto de control constitucional requerirá no sólo de argumentos presupuestarios, sino también de técnicas e instrumentos de análisis que todavía no se encuentran dominados por nuestros jueces, juezas y defensores de derechos. Así, puede constatarse en la jurisprudencia constitucional peruana una debilidad en el manejo e incorporación de indicadores específicos para realizar este examen, dada la complejidad o alta especialización en materias no jurídicas que puede requerir su dominio. Por ello, resulta fundamental adoptar acciones para fortalecer capacidades de los jueces constitucionales en el uso de herramientas de análisis presupuestario que contribuyan a medir el cumplimiento del principio de progresividad y exigir con mayor eficacia su respeto. En tal sentido, convendría evaluar la pertinencia, utilidad y éxito de tener un equipo u oficina que asesore a los jueces constitucionales en el uso de indicadores de derechos humanos producidos por los órganos del Sistema Interamericano y Universal de protección de derechos humanos. Ello podría, además, difundir y extender la práctica de análisis según tales estándares. En esta misma línea, podrían aprovecharse mejor los criterios aportados por el derecho internacional de los derechos humanos para la exigibilidad del cumplimiento de obligaciones en relación con los derechos sociales, como el respeto del contenido mínimo de los derechos, el máximo de los recursos disponibles así como el principio progresividad, y no regresividad.

Los desarrollos que se han venido desplegando favorablemente en favor de la eficacia de los derechos sociales frente a la potestad presupuestaria del Estado, en el derecho comparado así como en el derecho internacional de los derechos, permiten distinguir mejor el camino que nos queda por recorrer en el Perú, así como esperar con mejores expectativas que el presupuesto público se ponga al servicio de los derechos de las personas y su dignidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ATIENZA, Manuel. Ni Positivismo Jurídico ni Neoconstitucionalismo: una defensa del Constitucionalismo Postpositivista. En: dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf? (consulta: 11 de junio de 2016).
1. CASADO OLLERO, Gabriel. “La constitución y el derecho financiero: la “constitucionalización” de la justicia en el gasto público”. *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Buenos Aires, 2010, Tomo I.
1. CORTI, Horacio G. “Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero”. *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Buenos Aires, 2010, Tomo I.
2. LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. “Políticas públicas y derechos fundamentales. El caso del aseguramiento universal en salud y su examen por el Tribunal Constitucional” en ETO CRUZ, Gerardo (coordinador). Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú. Tomo II. Lima: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, 2014.
3. SIGAL, Martín. Derechos sociales. Principios, obligaciones y estándares de Derecho Internacional y su aplicación al presupuesto. Clase 4 del curso “Análisis presupuestario en el litigio por derechos económicos, sociales y culturales” de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia; Fundar-Centro de Análisis e Investigación; Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires. Marzo-junio 2016.