



El Derecho frente a la **POBREZA**

Los desafíos éticos del
constitucionalismo de los derechos

Escriben

Pedro P. Grández Castro

(Editor)

Owen Fiss

Thomas Pogge

Luis Prieto Sanchís

Marisa Iglesias Vila

Macario Alemany

Gloria Patricia Lopera Mesa

Roberto Gargarella

Fany S. Quispe Farfán

Areli Valencia

Miguel Carbonell

Úrsula Indacochea Prevost

Óscar Súmar Albújar



PALESTRA

EL DERECHO FRENTE A LA POBREZA
Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos





PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO

(Editor)

**EL DERECHO
FRENTE A LA POBREZA**

Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos

Escriben

Arely Valencia Óscar Súmar Albújar

Fany S. Quispe Farfán Owen Fiss

Gloria Patricia Lopera Mesa Pedro P. Grández Castro

Luis Prieto Sanchís Roberto Gargarella

Macario Alemany Thomas Pogge

Marisa Iglesias Vila Úrsula Indacochea Prevost

Miguel Carbonell

PALESTRA EDITORES

LIMA — 2011

EL DERECHO FRENTE A LA POBREZA
Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos
Editor: Pedro P. Grández Castro
Primera edición, mayo de 2011

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright
© Copyright 2011

: PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO (EDITOR)
: PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 Lima 18 — Perú
Telf. (511) 719-7626 / Telefax: (511) 719-7627
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima — Lima 39
www.grandezgraficos.com

DIAGRAMACIÓN: ALAN OMAR BEJARNO NÓBLEGA

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2009-13911

ISBN: 978-612-4047-26-8

Proyecto editorial N.º 31501221101281

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

Índice

| | |
|---|----|
| Nota preliminar | 11 |
| PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO | |
| Prólogo de OWEN FISS..... | 17 |
| PALESTRA | |
| Las acciones afirmativas como una estrategia de la justicia | 23 |
| OWEN FISS | |
| Crítica al enfoque de las capacidades | 27 |
| THOMAS POGGE | |
| I. Algunos supuestos contrastes entre los enfoques de las capacidades y el recursista | 28 |
| II. El contraste real: la compensación por las diferencias naturales..... | 48 |
| 2.1 Sobre cómo el recursismo es sensible a los atributos desiguales relacionados con el trabajo..... | 52 |
| 2.2 El tratamiento de la diversidad natural: el problema de la desigualdad vertical..... | 64 |
| 2.3 La especificidad requerida para un criterio de justicia social factible..... | 69 |
| III. Conclusión | 76 |

Índice

| | |
|---|-----|
| Riqueza, bienestar y justicia. Notas preliminares | 77 |
| LUIS PRIETO SANCHÍS | |
| Justicia global y derechos humanos: Hacia una ética de las prioridades | 91 |
| MARISA IGLESIAS VILA | |
| I. Deberes negativos y responsabilidad causal | 96 |
| II. Justicia global e igualdad de recursos..... | 101 |
| III. El principio de prioridad | 112 |
| IV. Hacia una ética de las prioridades..... | 118 |
| Una reflexión bioética sobre el problema del hambre en el mundo | 133 |
| MACARIO ALEMANY | |
| I. Introducción | 133 |
| II. Sucinta referencia a la historia de la lucha contra el hambre como “empresa global”..... | 135 |
| III. La utopía de la sociedad de consumo | 135 |
| IV. La crítica desde la izquierda a la visión de la utopía de la sociedad de consumo..... | 140 |
| V. La falacia de la desregulación: el problema de la información al consumidor..... | 145 |
| VI. La defensa de la intervención estatal y, en general, de la regulación no supone estar contra la globalización: sólo estar contra la globalización neoliberal..... | 149 |
| VII. La responsabilidad de los estados en la sociedad global: el derecho de los ciudadanos a un mundo sin hambre..... | 155 |
| Diversidad cultural y derechos sociales..... | 159 |
| GLORIA PATRICIA LOPERA MESA | |
| I. Introducción | 159 |
| II. Los derechos sociales y las exigencias de redistribución..... | 161 |
| 2.1. El concepto de derechos sociales fundamentales | 161 |
| 2.2. Los derechos sociales fundamentales como instrumentos de redistribución..... | 164 |
| 2.3. La universalidad de los derechos sociales fundamentales | 165 |

| | | |
|--|--|-----|
| III. | El respeto a la diferencia cultural y las exigencias de reconocimiento..... | 170 |
| 3.1. | Cultura y construcción de la identidad individual..... | 170 |
| 3.2. | Cultura y expansión de la autonomía individual..... | 173 |
| IV. | Hacia un modelo de derechos sociales culturalmente diferenciados..... | 175 |
| 4.1. | Derecho a prestaciones adicionales en razón de la pertenencia a una minoría cultural | 178 |
| 4.2. | Derecho a prestaciones adecuadas a las diferencias culturales. | 180 |
| V. | Conclusión | 184 |
| El Derecho frente a la protesta social | | 187 |
| ROBERTO GARGARELLA | | |
| I. | Introducción | 187 |
| II. | Jueces y teoría democrática | 188 |
| III. | Minorías y derechos | 194 |
| IV. | Interpretar la Constitución | 195 |
| V. | Derechos y privilegios..... | 198 |
| VI. | El límite de los derechos | 199 |
| VII. | ¿Qué podemos esperar del Poder Judicial? | 202 |
| Discriminación, pobreza y persecución penal | | |
| La otra cara de la reforma procesal..... | | 205 |
| FANY SOLEDAD QUISPE FARFÁN | | |
| I. | Pobreza y persecución penal | 206 |
| 1.1. | Jóvenes y pobres: El delito de “portación de cara” | 207 |
| 1.2. | Discrecionalidad y discriminación policial..... | 210 |
| 1.3. | La criminalización de la pobreza y la sensación de inseguridad | 211 |
| II. | Los retos del nuevo modelo procesal penal | 211 |
| 2.1. | El reto del control de la identidad evitando el delito de “portación de cara” | 212 |
| 2.2. | El reto de presunción de inocencia..... | 212 |
| 2.3. | El reto de la prisión preventiva como excepción | 212 |
| III. | Colofón: ¿es posible cambiar las prácticas discriminatorias en el nuevo modelo? | 215 |

Índice

| | |
|---|-----|
| Salud e igualdad sustantiva: repensando el derecho a la salud desde el enfoque de capacidades humanas | 217 |
| ARELI VALENCIA | |
| I. Introducción | 211 |
| II. Aspectos generales del enfoque de capacidades humanas | 220 |
| III. Los determinantes sociales de la salud y la igualdad sustantiva..... | 228 |
| IV. Integrando el discurso de los derechos y las capacidades humanas | 236 |
| 4.1 Superando el paradigma de los derechos económicos, sociales y culturales | 239 |
| V. La salud en el Perú bajo la lupa del enfoque de capacidades humanas: el caso de la contaminación ambiental de la población de La Oroya | 244 |
| 5.1. DOE RUN Perú y la discriminación en salud medioambiental..... | 245 |
| VI. Conclusiones | 249 |
| Una propuesta constitucional contra la pobreza: El derecho a la renta básica | 251 |
| MIGUEL CARBONELL | |
| El derecho al mínimo vital. Un análisis de su posible fundamentación como derecho humano | 259 |
| ÚRSULA INDACOCHEA PREVOST | |
| I. Introducción | 259 |
| II. Concepto de derecho al mínimo vital | 261 |
| III. La fundamentación del derecho al mínimo vital como derecho humano..... | 266 |
| 3.1. Algunas consideraciones sobre la fundamentación de los derechos humanos..... | 266 |
| 3.2. La fundamentación desde la perspectiva de la libertad | 268 |
| 3.3. La fundamentación desde la perspectiva de la igualdad | 272 |
| 3.4. La fundamentación desde la perspectiva de la dignidad | 276 |
| IV. Posibilidad de sustentar la existencia del derecho al mínimo vital, a partir de nuestro texto constitucional..... | 278 |
| V. A manera de conclusión | 282 |

| | |
|--|-----|
| La pobreza como desastre..... | 285 |
| ÓSCAR SÚMAR ALBÚJAR | |
| I. Introducción | 285 |
| II. Derecho y desastres..... | 286 |
| III. La vulnerabilidad como <i>causa</i> de las catástrofes..... | 288 |
| IV. La pobreza y su relación con la prevención..... | 291 |
| V. La pobreza y su relación con el proceso de reconstrucción | 293 |
| 5.1. Falta de acceso a las autoridades | 293 |
| 5.2. Burocracia y pobreza..... | 294 |
| 5.3. El caso de la discriminación a los pobres | 300 |
| VI. Balance y propuestas | 302 |
| Los autores | 305 |





Nota Preliminar: El constitucionalismo frente a los desafíos de la pobreza

Pedro P. Grández Castro

I

Este volumen intenta responder algunas preguntas éticas y otras jurídicas. ¿Cuán comprometidos estamos los abogados con las exigencias de justicia de nuestro tiempo? Si el Derecho se funda en los valores fundamentales como la igualdad, la justicia, la dignidad o la libertad, ¿cómo es que no se revela frente a la pobreza, que es sin duda, donde con mayor claridad se ven comprometidos estos valores? ¿Por qué nuestras Cortes y Tribunales en América Latina no se han atiborrado de demandas presentadas por los pobres exigiendo sus derechos básicos, que se encuentran declarados en las Constituciones a lo largo de nuestro continente? ¿Ha llegado la hora del encuentro entre los pobres y el Derecho?

Aun cuando no es fácil establecer un concepto que capte en toda su dimensión el significado del ser pobre, podemos convenir en que se trata de una situación que coloca en un estado de indefensión permanente al ser humano, debido fundamentalmente a carencias materiales básicas para subsistir. Un estatus de vulnerabilidad permanente (*Status vulnerabilis*) no elegido, sino en muchos casos impuesto por una situación estructural. La pobreza no es una extensión residual del mercado de las oportunidades como nos sugieren a veces

algunos economistas, sino una situación mantenida por un sistema estructural de injusticias y desigualdades que se solapan con las propias declaraciones de derechos en los textos legales y constitucionales.

Por ello, el primer objetivo al abrir un debate sobre estos temas quizá sea tomar conciencia de la dimensión del problema. Muchas veces no basta que los derechos se reconozcan positivamente si no se tiene suficiente empatía con ellos, es decir, si no somos capaces de sensibilizarnos de su importancia. Creo que algo de esto pasa con la pobreza y el discurso de los derechos. Se trata, primero de asumir sin vacilaciones que la pobreza constituye una seria violación permanente de los derechos fundamentales y una afrenta a la dignidad humana, para luego, plantearnos con toda honestidad si es posible, desde el Derecho, cambiar o mover las estructuras sociales que permiten que estos niveles de injusticia se mantengan. Esto porque en América Latina, los diagnósticos más simples e intuitivos sobre el problema de la pobreza y la exclusión han terminado fuera de la órbita del Derecho. No obstante, en los últimos años, luego de múltiples ensayos y fracasos en esa dirección, las miradas han vuelto al Derecho. También entre nosotros, la caída de las dictaduras ha abierto las puertas para las promesas del constitucionalismo de los derechos. La condición es, en todo caso, que el constitucionalismo vuelva su mirada a los más vulnerables, esto es, que los reclamos de los pobres tengan asidero en el programa del Estado Constitucional.

Se trata ahora de leer comprometidamente las promesas de la Constitución. Nadie niega que los Estados Unidos de Norteamérica vivía bajo una Constitución que se concebía como “la ley suprema de la tierra”, antes del famoso caso Brown de 1954 y, sin embargo, la discriminación racial, como lo ha puesto de manifiesto elegantemente Owen Fiss al comienzo de este volumen, constituía un verdadero acto de crueldad y exclusión contra una raza a la que se le arrinconaba a vivir postrada en la miseria. Ser negro era al mismo tiempo ser pobre.

El problema de la raza es pues, al final, un problema de pobreza y exclusión. También entre nosotros así lo vio José Carlos Mariátegui a inicios del siglo XX, cuando afirmaba que el problema del indio era el problema de su exclusión doble: como indio y como pobre. Pese a los años transcurridos, sustancialmente el problema del indígena no ha sido resuelto en nuestro país, porque es un problema de estructuras. La pregunta es entonces, de nuevo, si pueden removverse las estructuras de la exclusión a partir del discurso y la práctica de los derechos.

Las Constituciones prometen muchas cosas, y sus mensajes más profundos no siempre se encuentran en el texto expreso y en las lecturas obvias. A veces hay que hurgar con cierta insistencia y mucha creatividad en busca de respuestas. No es

casual por ello que en la práctica judicial norteamericana, los casos más importantes decididos por la Corte Suprema supongan al mismo tiempo verdaderas hazañas de creatividad e ingenio al servicio de los derechos. En esta dirección, lo que ha cambiado también entre nosotros en los últimos años es nuestra compresión de la democracia, que ya no se reduce hoy a la garantía de la propiedad, el voto y los procedimientos parlamentarios. Una parte importante de las promesas constitucionales se han podido concretar a través de las actuaciones de los jueces, imitando así la práctica judicial norteamericana que ha conocido enormes triunfos a favor de los derechos.

Se trata de un cambio auspicioso de actitud y compromisos. El constitucionalismo de los derechos ha dejado, de este modo, abierta las posibilidades de nuevas lecturas de la Constitución. Un constitucionalismo que asume como punto de partida ético a la dignidad de la persona, el mismo que dotado de un carácter normativo, deja de ser sólo un elemento retórico y se convierte en un principio-derecho exigible y en el fundamento de los derechos fundamentales, tal como se lee en el primer artículo de la Constitución: “La persona humana y la defensa de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

II

Si asumimos el constitucionalismo en serio, la pobreza debería verse como la ofensa más denigrante a la dignidad, porque rebaja la condición de ser humano convirtiendo a las personas en mendigos. Antes que titulares de derechos, se convierten en destinatarios de promesas y medios para la realización de políticas asistenciales que degradan su condición de seres libres e iguales en dignidad. Incapaces de forjarse un destino en libertad, los pobres parecen arrinconados a aceptar como dádivas de misericordia los vasos de leche que derrama la abundancia del programa neoliberal. Como quiera que el plantear una crítica racional a estas políticas que instrumentalizan al ser humano, atacando su dignidad y su libertad, es visto como “políticamente incorrecto”, no hay quien salga al frente del debate, quizá también debido a que el asistencialismo ha generado sus propios “liderazgos” en la casta política que utiliza a la pobreza y a la exclusión como armas de captación de votos.

A partir de comprender la dimensión del problema, muchas son las alternativas para el combate de la pobreza. No obstante, de todas esas opciones, poco se ha explorado en nuestros países las posibilidades de las acciones o demandas judiciales. Como confiamos poco en lo que los jueces pueden hacer por los derechos, quizá debido a que muy poco han hecho aún para merecer confianza, olvidamos que el constitucionalismo, a la par que ha proclamado derechos de todos frente a todos, también ha empoderado a los jueces para su eficaz defensa. El

constitucionalismo de los derechos confía en los jueces, espera que las promesas de la Constitución puedan hacerse realidad gracias a la acción de la justicia y, en consecuencia, la lucha contra la exclusión por razones de pobreza debería encontrar en la acción de la justicia un importante campo para la liberación de los pobres.

En el Perú el camino de la lucha judicial contra la pobreza lo ha señalado el Tribunal Constitucional en los primeros años de la transición democrática. Una sentencia emblemática es la del caso *Mesa García* (Exp. 2945-2003-AA), en donde la recurrente, una paciente con VIH/SIDA, presentó una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud (MINSA) para que se le brinde atención médica integral, pues manifestaba su imposibilidad material de asumir los costosos tratamientos que requería su enfermedad. La pobreza aquí se expresa como imposibilidad de acceder a servicios de salud. La procuradora pública del MINSA reconoció la existencia de la obligación de satisfacer la dignidad y los derechos fundamentales a la vida y a la salud, pero negó que sea el Estado el que en todos los supuestos deba asumir tal obligación.

Resulta sintomática la respuesta que desde la administración del Estado se da al problema. Al no aceptar que el MINSA ostenta la posición de garante del derecho a la vida y a la salud, se evidencia un problema en la propia organización del sistema estatal. Una vez presentada la demanda, el problema se trasladó al campo jurisdiccional, desde donde se pudo institucionalizar discursos de tutela efectiva de derechos fundamentales. El TC asumió el reto con una respuesta comprometida con la vigencia de la Constitución en su conjunto, aunque tardía, pues la recurrente falleció unas semanas antes que el Tribunal se pronunciara favorablemente.

La sentencia es una muestra de la labor que desde la jurisdicción constitucional se puede desempeñar para la vigencia de todos los derechos fundamentales, aún de aquellos que exigen una actuación positiva del Estado. Mediante esta sentencia, se descarta la conservadora exclusión de los derechos sociales como derechos programáticos, para asumir un nuevo paradigma: los derechos sociales “representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación” (Exp. 2945-2003-AA, fundamento 10). Se reafirma así la real dimensión del principio de dignidad, que impregna a todos los derechos por igual, ordenando su máxima eficacia.

El mandato concreto de esta sentencia no sólo se remite a exigir a la administración estatal el asumir la obligación de brindar atención médica integral a la demandante, sino que responde al clásico alegato de la falta de partida presupuestal para realizar tal mandato. Señaló el Tribunal Constitucional que esto no puede

invocarse, menos aún cuando la realidad política demuestra que la corrupción en el uso de los recursos públicos incide gravemente en la atención de los derechos que demandan obligaciones del Estado; por lo que, sin afectar mayores recursos, los mismos pueden destinarse a dar prioridad en la atención de casos urgentes y graves como el del caso. En esta línea, el nivel de exigencia al Estado depende de su actuación encaminada a satisfacer los derechos fundamentales, pues “tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión” —énfasis agregado— (Exp. 2945-2003-AA, fundamento 39).

A través de otra modalidad de proceso constitucional, también se ha logrado tutelar situaciones de peligrosa afectación a los derechos fundamentales, esta vez de personas en especial estado de vulnerabilidad por la localización, en donde no tenían control sobre la situación, circunstancia que también genera un impedimento en la consecución de la satisfacción de derechos fundamentales. Tal es el caso *Fabián Martínez y otros* (Exp. 2002-2006-PC), un proceso de cumplimiento contra el MINSA y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), por el que se exige el restablecimiento de la salud de los afectados, la declaración de estado de alerta a la ciudad de La Oroya, el establecimiento de programas de vigilancia epistemológica y ambiental.

El problema se presenta frente al incumplimiento del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) por parte de la concesionaria del Complejo Metalúrgico de La Oroya, Doe Run Perú. El TC despliega su actuación de tutela de los derechos a la salud y a un ambiente equilibrado desde el control de cumplimiento de mandatos ciertos y vigentes hacia las instituciones públicas. Por lo que la observancia de la ley es aún más imperativa para la Administración estatal, “debiendo tenerse siempre en consideración el nivel de urgente atención que requieren determinados derechos, principalmente los fundamentales, que pueden resultar afectados por el incumplimiento de los mandatos” (fundamento 26).

La estimación de la demanda de cumplimiento a las tres pretensiones, dada la constatación del alto nivel de contaminación de plomo en el ambiente de la ciudad de La Oroya y la existencia de mandatos ciertos que exigen una actuación de las demandadas, reafirmó que la violación y desatención de cualquier derecho fundamental, como la salud y el ambiente equilibrado, significa la renuncia a toda garantía del individuo y la sociedad, contraviniéndose abiertamente el respeto de la dignidad de la persona, pues “los derechos sociales (...) se constituyen como una ampliación de los derechos civiles y políticos, y tienen por finalidad, al igual

que ellos, erigirse en garantías para el individuo y para la sociedad, de manera tal que se pueda lograr el respeto de la dignidad humana” (fundamento 11).

III

Ambos casos si bien no constituyen acciones judiciales que destruyen estructuras de exclusión, muestran que, también en nuestro sistema jurídico, los jueces pueden lograr cosas y situaciones que no son posibles a través de las deliberaciones del Parlamento. El otro aspecto que merece la pena resaltar a partir de estos casos es el enorme poder transformador de situaciones de vulnerabilidad que encarna hoy en día la jurisdicción. Constatada la injerencia de la pobreza en la plena realización de los derechos y las vías que ofrece el Derecho, toca identificar los retos que desde éste pueden asumirse. El compromiso en la eliminación de situaciones de pobreza va de la mano con la toma de conciencia de los efectos que pueden conseguirse desde las situaciones en que nos encontramos. Se requieren personas conscientes de sus derechos, poderes y situaciones, para asumir roles activos en la construcción de un Estado de justicia, con una Constitución normativa integradora, que exige su interpretación y que le impone el reto a todos los titulares de los derechos que reconoce.

Cuanto pueda hacer las reflexiones que se recogen en este volumen por afianzar estas ideas dependerá sin duda de la recepción de quienes estén dispuestos a asumir que el discurso de los derechos tiene sentido cuando se vuelve práctica jurídica, es decir, compromiso transformador orientado a la realización de la dignidad y la justicia.

Unas palabras finales para expresar mi gratitud a todas las personas que han contribuido con este volumen. Desde quienes escribieron y esperaron pacientemente, incluso más del tiempo razonable para estos menesteres, hasta quienes han colaborado en el largo proceso de traducción y edición de los trabajos que se recogen en este libro. Nuestra especial gratitud al Profesor Owen Fiss que autorizó, en el primer intento, los dos trabajos con que se abre este volumen y que marcan el ideario de todo el proyecto.

En el proceso de gestación del proyecto trabajó conmigo Óscar Súmar, joven profesor de la Universidad del Pacífico, a quien agradezco el compromiso y diligencia en la gestión de los derechos de autor de algunos de los trabajos que se incluyen en el volumen. Igualmente a Adriana Mallqui, Andrea Lostaunau, Francisco Rivasplata e Ivar Calixto, que asumieron el último tramo del cuidado y edición de la obra.

Lima, marzo de 2011