

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSTGRADO

**Eficacia Jurídica de los derechos sociales y disponibilidad
económica**

**(La exigibilidad del contenido prestacional condicionado de
los derechos sociales en el ordenamiento Jurídico
Peruano)**

TESIS

Para optar el grado académico de:

Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos

AUTOR

Mario Gonzalo Chávez Rabanal

Lima – Perú

2014

*Entonces Jesús preguntó: «¿De quién es esta cara y el nombre que lleva escrito?»
Contestaron: «Del César. » (Evangelio según San Mateo 22, 20)
Jesús les replicó: «Devuelvan, pues, al César las cosas del César, y a Dios lo que
corresponde a Dios.» (Evangelio según San Mateo 22, 21)*

Un especial reconocimiento y agradecimiento infinito a mis padres Leyla y Eugenio, así como a mis hermanos Percy, Willy y Mary Lucy, por el soporte permanente y contribución en el logro del presente trabajo.

Deseo expresar mi gratitud a Brunet por el constante apoyo y ánimos para llegar al objetivo de finalizar la presente investigación.

Y, finalmente, agradecer al Dr. José F. Palomino Manchego, asesor de la presente tesis, por su contribución invaluable en la elaboración del presente trabajo de investigación y en el logro de los objetivos de la investigación.

ÍNDICE

Agradecimiento.....	Págs. 3
Presentación.....	9

CAPÍTULO I EL PROBLEMA

1.1. El tema.....	17
1.2. Planteamiento del problema.....	17
1.2.1. Diagnóstico situacional.....	17
1.2.2. Preguntas de investigación.....	19
1.2.2.1. Pregunta general.....	19
1.2.2.2. Enunciados del problema (características).....	19
1.2.2.3. Formulación del problema.....	20
1.2.2.4. Preguntas específicas.....	21
1.3. Objetivos de la investigación.....	22
1.3.1. Objetivo general.....	22
1.3.2. Objetivos específicos.....	22
1.4. Justificación.....	23
1.5. Delimitación.....	24
1.5.1. Delimitación espacial.....	24
1.5.2. Delimitación temporal.....	24

CAPÍTULO II METODOLOGÍA

2.1. Formulación de hipótesis, variables e indicadores.....	25
2.1.1. Hipótesis.....	25
2.1.1.1. Hipótesis analítica.....	25
2.1.1.2. Hipótesis sintética.....	25
2.1.1.3. Hipótesis específica.....	25
2.1.2. Variables e indicadores.....	26
2.1.2.1. Variable independiente e indicadores.....	26
- Variable independiente.....	26
- Indicadores.....	26
2.1.2.2. Variable dependiente e indicadores.....	26
- Variable dependiente.....	26
- Indicadores.....	26
2.1.2.3. Variable interviniente e indicadores.....	26
- Variable interviniente.....	26
- Indicadores.....	26
2.2. Definición del tipo de investigación.....	27
2.3. Selección del diseño de investigación.....	27
2.4. Determinación del universo, selección de la muestra.....	28

2.4.1.	Universo.....	28
2.4.2.	Muestra.....	28
2.5.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	28
2.5.1.	Análisis documental.....	28
2.5.2.	Análisis micro-comparativo de sistemas jurídicos extranjeros.....	28

CAPÍTULO III
INDIVIDUO Y PERSONA

3.1.	Reflexiones en torno a la sociedad actual.....	29
3.2.	Del individuo y de los intereses individuales.....	30
3.2.1.	Corrientes acerca del individualismo.....	34
3.2.2.	El individualismo en las nacientes sociedades democráticas.....	39
3.2.3.	El individualismo en el Estado Constitucional.....	47
3.2.4.	Individuo y persona.....	50
3.3.	La sociedad como organización y convivencia de individuos y la polis de personas.....	53
3.3.1.	La sociedad: entre la autoridad y la libertad.....	53
3.3.2.	Dimensión pública y dimensión privada.....	58
3.3.3.	Los límites de la autoridad y la libertad del individuo: “Sobre la libertad de Estuart Mill”.....	61
3.4.	Los límites a la autoridad de la sociedad y los derechos del individuo.....	63
3.5.	Una luz en la penumbra.....	69

CAPÍTULO IV
LA PERSONA Y LA POLIS

4.1.	La “polis” como condición para el desarrollo de la persona.....	72
4.2.	De la persona, la igualdad y la subjetividad jurídica.....	83
4.3.	La persona y los derechos.....	84
4.4.	Situaciones jurídicas y situaciones fácticas.....	86
4.5.	Los derechos y las prerrogativas.....	88
4.6.	Los derechos subjetivos.....	91
4.7.	Los derechos y su eficacia jurídica.	98

CAPÍTULO V
EL ESTADO SOCIAL EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y PERUANO

5.1.	El Estado social de derecho.....	103
5.1.1.	Estado social.....	105
5.1.2.	Estado democrático y social.....	108
5.1.3.	Estado de bienestar y estado providencia.....	112
5.2.	Funciones del Estado social de derecho.....	122
5.2.1.	Función garantista.....	122
5.2.2.	Función promotora.....	123
5.3.	El constitucionalismo social.....	124
5.3.1.	Las cláusulas constitucionales del Estado social.....	124

5.3.2.	La cláusula de los derechos sociales. Naturaleza de los derechos sociales.....	127
	a) Valor interpretativo.....	130
	b) Mandatos al legislador.....	133
	c) Control jurisdiccional total y parcial.....	134
	d) Límite frente al legislador.....	135
5.4.	Principios rectores del Estado social.....	139
	5.4.1. Igualdad.....	140
	5.4.2. Derechos económicos.....	141
	5.4.3. Derechos sociales propiamente existentes.....	142
	5.4.4. Constitución económica y presupuesto.....	144
5.5.	Cláusulas constitucionales de los derechos de libertad y los derechos sociales.....	146
	5.5.1. Derechos sociales y derechos de libertad.....	146
	5.5.2. Derechos sociales: contenido positivo y negativo.....	148
	5.5.3. Los derechos sociales como fines en sí mismos.....	150
5.6.	Derechos programáticos y derechos de configuración legal.....	154
	5.6.1. Derechos programáticos.....	154
	5.6.2. Derechos de configuración legal.....	159
5.7.	Los derechos sociales en las constituciones peruanas del siglo XIX.....	165
5.8.	Los derechos sociales en las constituciones del siglo XX.....	167
	5.8.1. Influencia del constitucionalismo social en el siglo XX.....	167
	5.8.2. Las constituciones del siglo XX.....	168

CAPÍTULO VI
LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES
PRESTACIONALES

6.1.	Los derechos fundamentales.....	172
6.2.	Los derechos fundamentales y los derechos sociales.....	174
6.3.	Principios constitucionales de tutela de derechos fundamentales.....	177
6.4.	Tutela procesal: El Proceso de Amparo y la legitimidad procesal activa para tutelar derechos constitucionales.....	185
6.5.	Las garantías jurisdiccionales y contenido del debido proceso.....	188
6.6.	Los derechos sociales y el contenido prestacional.....	191
	6.6.1. Derechos sociales no prestacionales o incondicionados.....	191
	6.6.2. Derechos sociales prestacionales condicionados.....	194
	6.6.3. Tutela jurisdiccional de los derechos no prestacionales o incondicionados.....	198
	6.6.4. Tutela del contenido prestacional condicionado.....	203
	a) Contenido.....	209
	b) Mecanismos procesales.....	212
6.7.	Eficacia inmediata y directa de los derechos sociales.....	214
6.8.	Tipos de eficacia de los derechos sociales.....	216
	6.8.1. Eficacia subjetiva.....	216
	6.8.2. Eficacia objetiva-institucional.....	219

CAPÍTULO VII
LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES DE CONTENIDO
PRESTACIONAL INCONDICIONADO

7.1.	Protección jurisdiccional del derecho al trabajo.....	227
7.1.1.	Los mecanismos procesales determinados por el Tribunal Constitucional peruano para proteger el derecho al trabajo.....	227
7.1.2.	Protección del derecho al trabajo y las causales objetivas de despido.....	238
7.1.3.	Consideraciones preliminares sobre la tutela del derecho al trabajo.....	244
7.2.	El derecho a pensión en el marco de la tutela constitucional de los derechos sociales. Análisis de la STCPe N° 02851-2006-PA/TC.....	246
7.2.1.	De la sentencia.....	246
7.2.2.	Del fundamento de voto: “dejar sin efecto el Precedente Vinculante del caso Anicama”.....	249
7.2.3.	Eficacia material y eficacia procesal del derecho a pensión.....	251
7.2.4.	El Precedente Constitucional Vinculante del caso Anicama.....	255
7.2.5.	Eficacia del derecho a pensión.....	260
7.2.6.	Derecho a pensión: ¿derecho de configuración legal?.....	262
7.3.	Jornadas atípicas. Un típico caso de derecho no prestacional.....	264
7.3.1.	Las jornadas atípicas. Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en STCPe N° 4635-2004-AA/TC.....	264
7.4.	El derecho a percibir pensión y remuneración en el marco de la Constitución.....	269
7.4.1.	Preliminares.....	269
7.4.2.	El caso Medina Moran: Prestaciones de pensión y remuneración.....	272
7.4.3.	Derecho a pensión.....	274
7.4.4.	Regulación constitucional del salario.....	275
7.4.5.	Reflexión final.....	283
7.5.	La prestación de salud de la seguridad social. Reflexiones a propósito de la sentencia del tribunal constitucional recaída en la STCPe N° 09600-2005-PA/TC.....	285
7.5.1.	A modo de introducción.....	285
7.5.2.	De la seguridad social y del derecho a la salud.....	286
7.5.3.	De la sentencia.....	289

CAPÍTULO VIII
LA TUTELA JURISDICCIONAL Y LOS DERECHOS SOCIALES DE CONTENIDO
PRESTACIONAL CONDICIONADO

8.1.	Derecho a pensión: reajuste pensionario.....	291
8.2.	El derecho al aumento de las remuneraciones de los trabajadores del sector público.....	294
a)	Nivelación de las remuneraciones de los jueces del Poder Judicial.....	296

<i>b)</i>	Homologación de las remuneraciones de los docentes universitarios....	297
8.3.	La devolución de los aportes al FONAVI.....	300
8.4.	Institucionalización normativa. El caso del régimen especial de contratación administrativa de servicios (CAS).....	302
8.5.	Derecho a la salud.....	306
8.6.	Un caso especial: derecho a la renta básica. Reflexiones a propósito de garantizar bienestar e igualdad material.....	307
8.6.1.	El derecho a la renta básica.....	307
<i>a)</i>	Modelo fuerte.....	308
<i>b)</i>	Modelos débiles.....	312
8.6.2.	Reflexiones finales.....	313
8.7.	Derecho al puesto de trabajo.....	316
8.8.	Otorgamiento sustitutivo de prestaciones.....	319

CAPÍTULO IX

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

9.1.	Contrastación de las hipótesis formulada.....	324
9.1.1.	Nuevamente sobre los derechos sociales prestacionales condicionados.....	326
9.1.2.	Estado social: políticas en materia económica y social.....	328
9.1.3.	Estado social: prestación de servicios públicos sociales y derechos sociales.....	329
9.1.4.	Perspectiva jurídica y social de la protección de los derechos prestacionales condicionados. Especial referencia a los derechos sociales.....	331
9.1.5.	La eficacia jurídica de los derechos sociales prestacionales condicionados.....	333
9.1.6.	Manifestación de la eficacia jurídica de los derechos sociales prestacionales condicionados	340
9.1.7.	Eficacia jurídica e institucionalidad.....	342
	CONCLUSIONES.....	345
	RECOMENDACIONES.....	351
	BIBLIOGRAFÍA.....	353

PRESENTACIÓN

En las sociedades contemporáneas y a lo largo de la historia de la humanidad la realización de la personalidad humana y la satisfacción de sus necesidades, de índole físico o psíquico, han sido una preocupación constante, del tal manera que la propia condición humana ha generado la adopción de diversos tipos de organizaciones que permitan desenvolver las cualidades humanas y satisfacción de sus necesidades. Un tipo de organización, es el propio Estado de derecho moderno.

El mismo que visto desde esta perspectiva, obedece a dotar al ser humano de las condiciones de existencia que abarca no sólo la propia defensa de la vida, de la libertad, de la propiedad, sino, aunado a estos fines, tiene y cumple con la obligación de optimizar su desarrollo; satisfaciendo, entre otras, las necesidades primarias como la alimentación, la salud, el vestido, la cultura, la salud, o en todo caso, dotando de las condiciones adecuadas para la satisfacción de estas necesidades, mediante la generación u otorgamiento de los recursos para adquirir bienes y servicios. Y de otro lado, la realización de los fines o proyectos de vida, ya que la persona no sólo es un ser que requiere de la satisfacción de sus necesidades o de realizarse a través del trabajo, no es sólo un *animal laborans* u *homo faber*, sino es también un *zoon politikon*, realiza su proyecto de vida, mediante el discurso, entre iguales y sólo hace viable su existencia con otros, en una organización política relacionándose entre iguales.

De este modo, el Estado y, como tal, la sociedad también como substrato o base, se instauraron como medios para garantizar la existencia del ser humano dentro de un

ambiente que le otorgue seguridad, paz y libertad, entre iguales, dotándole de todos los recursos para su vida, al menos esta es la idea.

Y, en el marco de la protección de las condiciones espirituales y materiales de existencia de la persona, se erigieron instituciones políticas, sociales, económicas, jurídicas, religiosas, etc., con la finalidad, ya sea prevista o casual, de instaurar un orden social que establezca la convivencia en comunidad y organizada bajo la dirección de reglas de conductas sociales y jurídicas imperativas, donde se reconoce como atributos inalienables a la persona los derechos naturales, que tanto la organización social como los demás individuos no pueden transgredir.

En este contexto, el reconocimiento o la plasmación de los atributos inherentes de la persona son los principios basales de la organización humana, que en el transcurso de los siglos, y en la etapa moderna, se hará a través de las constituciones, mediante el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

Los primeros derechos que se harán oponibles tanto al orden establecido como a la autoridad gobernante serán los derechos de libertad, de ciudadanía y de participación política, que en su conjunto abarcan a los derechos civiles y políticos. De otro lado, los derechos económicos sociales y culturales serán obtenidos como derechos indispensables para asegurar unas condiciones de vida dignas para la persona que les asegure un *status* de igualdad, ya dentro de una sociedad industrializada o regida por el mercado o intercambio de bienes o servicios.

Tanto los derechos de libertad como los derechos sociales informan un tipo especial de organización del poder político, a esta organización llamaremos Estado de Derecho. El Estado, según el grado de intervención y la forma de resguardar los derechos asumirá una especial denominación. Cuando éste no interfiera sobre los derechos y los proteja con medidas abstencionistas será denominado Estado liberal de Derecho. Cuando regule los contenidos de los derechos y los proteja con medidas prestacionales será denominado Estado social de Derecho.

Estos dos tipos de Estado son modernamente adoptados y asimilados por el Estado Constitucional. Estado que se basa en el principio de supremacía constitucional y en la existencia de una jurisdicción constitucional. Para los fines del presente trabajo resulta importante reconocer que en nuestro ordenamiento jurídico existen derechos garantizados por la Constitución, pero que de forma directa para su vigencia requieren

del Estado la realización de medidas prestacionales. En esta dirección, se requiere que se cumplan los roles del Estado social y por el mandato constitucional de las cláusulas constitucionales que reconoce los derechos económicos, sociales y culturales se garantice su plena vigencia, mandatos frente a los cuales la jurisdicción constitucional no puede mantenerse ajena.

Siguiendo con el desarrollo de la presente investigación, en lo que respecta a la *metodología* utilizada, corresponde señalar que la presente investigación es teórico-dogmática. Tiene como objetivo general determinar si los derechos económicos, sociales y culturales (a los cuales denominaremos derechos sociales), a diferencia y de forma complementaria a los derechos civiles y políticos, tienen o gozan de eficacia jurídica; es decir, si son, por un lado: *a)* jurisdiccionalmente tutelables en sede ordinaria y constitucional sólo a partir de su reconocimiento constitucional; *b)* vinculantes y obligatorios de forma directa al Estado y la ciudadanía. O, por lo contrario, *c)* requieren de un requisito adicional o satisfacer una condición para ser tutelados y exigidos jurisdiccionalmente, o vinculantes frente al Estado y terceros.

Se pretende abordar el estudio de los derechos sociales teniendo en cuenta el contenido o naturaleza jurídica de los mismos, si bien no nos avocaremos en gran medida a estudiar todo el contenido en general de los derechos sociales, el presente estudio se realiza, en mayor medida, teniendo en cuenta el contenido prestacional condicionado de los derechos sociales, contenido que implica necesariamente la concurrencia de un bienestar o disponibilidad económica destinada o creada para tales fines, o de la existencia de una institucionalidad normativa o administrativa que respalde la prestación. El contenido prestacional condicionado se refiere a la concurrencia de ciertas condiciones, sean legales, administrativas, financieras, institucionales o de infraestructura para la realización, vigencia o eficacia del derecho social.

En tal sentido, el presente trabajo versa sobre la exigencia del contenido prestacional condicionado de los derechos sociales.

Como *tema de investigación* se ha elegido «la eficacia jurídica del contenido prestacional condicionado de los derechos sociales». Tema a partir del cual se ha formulado la pregunta general, desde donde se busca determinar si los contenidos prestaciones condicionados de los derechos sociales, como derechos constitucionales,

son vinculantes para el Estado y los particulares, o visto desde otro ángulo, si se puede solicitar a los tribunales jurisdiccionales que protejan este contenido prestacional y aseguren su plena y fáctica eficacia. De donde, se tiene que la *pregunta general* se ha elaborado en los siguientes términos: ¿tiene eficacia jurídica el contenido prestacional condicionado de los derechos sociales?

Como alternativas de solución e *hipótesis* a la pregunta planteada se han propuesto tres posibilidades:

a) *Hipótesis analítica*: Esta primera hipótesis no establece ninguna relación entre el contenido prestacional condicionado de los derechos y la disponibilidad económica del Estado, es un análisis puramente formal. Si el derecho social es eficaz, vinculante, de tal modo que su contenido prestacional condicionado es respetado, se debe a que se ha institucionalizado este derecho y cuenta con las condiciones normativas y administrativas que respaldan su eficacia.

Esta primera hipótesis nos afirma la eficacia solo de aquellos derechos sociales prestacionales condicionados que se ha logrado, previamente, conseguir la condición financiera-presupuestaria, ya que de lo contrario, no tendrían eficacia porque dependen del bienestar o disponibilidad económica. Es decir, la eficacia es determinada como resultado, mas no como, premisa del derecho social.

b) *Hipótesis sintética*: En el presente caso, de forma más clara, se afirma que el contenido prestacional condicionado de los derechos sociales está vinculado a la disponibilidad económica del Estado, está sujeto y depende de la disponibilidad económica. De tal manera si no hay disponibilidad financiera no se puede tutelar jurisdiccionalmente un derecho social.

c) *Hipótesis específica*: la tercera alternativa, propone que los derechos sociales prestacionales condicionados de forma independiente, al margen de la disponibilidad económica, si cuentan con eficacia jurídica, y esta se inicia en su reconocimiento normativo.

La eficacia jurídica no solo se evidenciará como una acto posterior, cuando sea protegido o tutelado el derecho social prestacional, es decir, cuando se haya creado las condiciones institucionales para su ejercicio, como emitir una norma que configure y determine el proceso de realización del derecho social (como derecho de configuración legal o programático), sino, centralmente la eficacia jurídica viene dada por su

condición de ser un derecho humano que se ha constitucionalizado y por el carácter vinculante de la Constitución, que no solo impone objetivos de realizar progresivamente sus mandatos, sino la realización institucional inmediata y directa a los poderes públicos de protección de los derechos fundamentales.

Este efecto vinculante y obligatorio a los poderes públicos, que se deriva desde la perspectiva de los derechos sociales como derechos fundamentales y de la fuerza normativa de la Constitución, faculta a los titulares a requerir a los poderes públicos que cumplan con los mandatos constitucionales, de un lado, y, de otro, faculta a los órganos jurisdiccionales a velar y supervisar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales.

El ciudadano no solo exigirá a los poderes públicos que instauren las instituciones que sustenten las prestaciones exigidas, sino también, tienen la potestad de requerir a los órganos jurisdiccionales para que supervisen el cumplimiento de las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos sociales y establecen las funciones en materia económica y social y de prestación de servicios públicos.

Para nosotros, la tercera hipótesis es la más acertada, en tanto se reconoce el carácter vinculante de los derechos sociales, con independencia de las condiciones económicas, ya que el derecho social será de obligatorio cumplimiento, y este podrá ser tutelado, exigido frente a un acto lesivo que impida su goce (derechos no prestacionales o incondicionados), o cuando falte las condiciones que viabilicen su goce (derechos prestacionales condicionados). En el último caso, la eficacia está dirigida a los poderes públicos para que institucionalicen el derecho social, establezcan las condiciones que hagan realizable el derecho. De tal modo, el derecho social es jurídicamente vinculante desde su incorporación en el orden constitucional.

La *hipótesis* que se plantea, se basa en una concepción de la persona humana dentro de una organización política, distinta a la existente en una sociedad organizada por individuos, en base a las funciones del Estado social y democrático de derecho, a los derechos sociales como informadores y moduladores de la actividad de los poderes públicos, así como teniendo en cuenta las responsabilidades económicas y sociales otorgadas por la Constitución a las entidades públicas. Estos presupuestos nos permiten vislumbrar que la negada eficacia jurídica de los derechos sociales (exigibilidad judicial) solo se plantea a un tipo de ellos (o ámbito/contenido): a los de contenido

prestacional condicionados. Es decir, a aquellos derechos sociales que se expresan en prestaciones estatales e implican un gasto financiero o la existencia de una institucionalidad.

Frente a ello, se postula que si bien no se puede exigir al juez que realice una función estatal de los otros poderes públicos, como es la de normar o formular el presupuesto, sí se le puede requerir para que exija a los poderes públicos la emisión de la normatividad requerida y habiliten el presupuesto necesario dentro de un plazo razonable, que para nosotros no ha de exceder el inicio del año fiscal y se programe anualmente, bajo supervisión del órgano jurisdiccional. Y los mecanismos procesales para activar la función jurisdiccional son el Proceso de Inconstitucionalidad por omisión, el Proceso de Amparo frente a actos de vulneración por omisión o el Proceso de Cumplimiento.

La hipótesis que planteamos se confirma con la interpretación de las disposiciones constitucionales que regulan los derechos fundamentales sociales, de donde se deriva su eficacia jurídica directa así como su función de informar y orientar las actividades del Estado; y de otro lado, la Constitución prescribe funciones estatales en materia económica y financiera y de prestación de servicios públicos, funciones que son de obligatorio cumplimiento en razón de la fuerza normativa constitucional.

Además, nuestra hipótesis tiene sustento en las sentencias interpretativas emitidas por el Tribunal Constitucional peruano, en las cuáles con ocasión de resolver procesos de inconstitucionalidad ha exhortado a los poderes públicos para que habiliten partidas presupuestarias o emitan una normatividad bajo parámetros determinados.

Para arribar a esta conclusión se ha desarrollado un *marco teórico* que nos permite delimitar y fundamentar la propuesta planteada. Como marco teórico el presente trabajo se ha elaborado en ocho capítulos.

El Capítulo I y el Capítulo II están referidos al problema y al desarrollo metodológico, respectivamente.

El Capítulo III lleva por título «individuo y sociedad», donde se busca hacer las diferencias entre el individualismo y, de forma marcada a lo que Martín Kriele denominó individualismo de posesión, con la sociedad, en el entendido de que la sociedad no es solo una suma de individualidades o que tiene por finalidad asegurar los intereses particulares. A partir de lo cual se explica que el Estado no solo debe de

mantenerse ajeno a la esfera individual, sino ha de garantizar un espacio público donde ha de actuar el individuo.

El Capítulo IV denominado «persona y polis», pretende hacer una diferencia entre la percepción meramente individualista del ser humano, para pasar a considerarlo más como un sujeto político, con derechos inalienables que estatuye su propia forma de convivencia, interactuando con sus congéneres para conformar su sistema político jurídico o que este, exprese y materialice su personalidad. En este punto, se toma en consideración la importancia del ámbito público o la esfera pública para viabilizar el desarrollo de la personalidad del ser humano. Donde la persona no solo requiere abstenciones o limitaciones estatales o privadas, sino, la construcción de un ámbito público de realización personal, eso hace la polis –el Estado– realizar al ser humano entre iguales.

Seguidamente, desarrollamos el Capítulo V con el tema de «Estado social en el constitucionalismo contemporáneo y peruano». Se pretende en el presente capítulo exponer las bases del Estado social, sus funciones y las responsabilidades que asume con los ciudadanos, así como el manejo del sistema económico con responsabilidad y sostenibilidad financiera y en función de los objetivos sociales. A partir de determinar sus características y funciones, se analiza estas competencias en el Estado peruano, conjuntamente con la recepción del constitucionalismo social, donde se puede precisar que en nuestro ordenamiento constitucional los derechos sociales tienen el *status* de ser derechos constitucionales, fijan los objetivos en materia económica y social a los poderes públicos y la prestación de los servicios públicos.

En el Capítulo VI tocamos el tema relativo a la «eficacia jurídica de los derechos fundamentales sociales prestacionales». En el presente punto, se explica la eficacia jurídica de los derechos sociales. Donde se precisa que los derechos sociales no prestacionales o prestacionales incondicionados se tutelan de forma directa e inmediata ante los órganos jurisdiccionales, ya sea mediante los procesos judiciales ordinarios o mediante los procesos constitucionales de la libertad. Y, en lo que respecta a los derechos sociales prestacionales condicionados, su eficacia jurídica se manifiesta en la obligación de los poderes públicos de implementar las condiciones o instituciones que respalden la prestación de los derechos sociales prestacionales, y en atención a ello se faculta a los ciudadanos para requerir a los órganos jurisdiccionales que controlen la

actividad de estos órganos públicos, teniendo estos órganos jurisdiccionales potestades para requerir a los órganos públicos que emitan la normatividad exigida o habiliten una partida presupuestaria. Una vez que se ostenta la institucionalidad o las condiciones requeridas, estos derechos operan como derechos incondicionados.

En el Capítulo VII se analiza la «jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la protección jurisdiccional de los derechos sociales incondicionados», donde se evidencia que estos derechos tienen plena eficacia jurídica y son exigibles y tutelados de forma directa por los órganos jurisdiccionales como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

El Capítulo VIII corresponde a «los derechos sociales prestacionales condicionados y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En este apartado se verifica que el Tribunal Constitucional peruano, como órgano especializado de la defensa de la constitucionalidad de las leyes y de tutela de los derechos constitucionales, mediante la tipología de sentencias emitidas en los procesos de inconstitucionalidad, ha controlado la actividad de los poderes públicos referida a las funciones sociales y económicas del Estado social, a la prestación de servicios públicos y a la protección de los derechos sociales mediante la exigencia de habilitación presupuestaria y de exhortación normativa.

Y en el Capítulo IX, a partir del marco teórico desarrollado y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, realizamos la contrastación de nuestra hipótesis, la misma que se verifica, en tanto los derechos sociales prestacionales no condicionados y los derechos sociales prestacionales condicionados son vinculantes y obligatorios, así como son susceptibles de ser judicializados con el fin de proteger un derecho social en su dimensión subjetiva o en su dimensión objetiva.

Finalmente, arribamos a las conclusiones, proponemos algunas recomendaciones y culminamos con la bibliografía, la misma que está dividida en libros, revistas y jurisprudencia nacional e internacional.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. EL TEMA

**“EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y DISPONIBILIDAD
ECONÓMICA
(LA EXIGIBILIDAD DEL CONTENIDO PRESTACIONAL CONDICIONADO
DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
PERUANO)”**

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.2.1. DIAGNÓSTICO SITUACIONAL

Partimos por reconocer al Estado y a la sociedad como medios para garantizar la existencia del ser humano dentro de un ambiente que le otorgue seguridad y paz, dotándole de todos los recursos para su vida. Y, en este contexto, en el marco de la protección de las condiciones espirituales y materiales de existencia de la persona, se erigieron instituciones políticas, sociales, económicas, jurídicas, religiosas, etc., con la finalidad, ya sea prevista o casual, de instaurar un orden social que establezca la convivencia en comunidad y organizado bajo la dirección de reglas de conductas sociales y jurídicas imperativas, donde se reconoce como atributos inalienables derechos a la persona que tanto la organización social como los demás individuos no pueden transgredir.

Conforme ha evolucionado la sociedad, los derechos consagrados en la Constitución, si bien son considerados como prioritarios o que tienen una especial protección, se ha presentado los casos en los cuáles algunos de estos derechos consagrados constitucionalmente no son considerados como derechos de eficacia jurídica directa o vinculantes al Estado y los particulares.

Así, los primeros derechos que se hicieron oponibles tanto al orden establecido como a la autoridad gobernante y que fueron incorporados en las constituciones fueron los derechos civiles y políticos. Después, en el siglo XX se constitucionalizaron los derechos económicos sociales y culturales (a quienes denominaremos derechos sociales), como derechos tendientes a asegurar unas condiciones de vida dignas para la persona. Pero desde su incorporación constitucional, los derechos sociales se vincularon, en uno casos de forma correcta en otros no, a la economía o disponibilidad financiera del Estado.

En el presente trabajo de investigación se busca determinar si los derechos económicos, sociales y culturales, a diferencia y de forma complementaria a los derechos civiles y políticos, tienen eficacia jurídica, si son jurisdiccionalmente tutelables en sede ordinaria y constitucional sólo a partir de su reconocimiento constitucional; o son también vinculante de forma directa al Estado y los terceros. O, requieren de un requisito adicional o satisfacer una condición para ser tutelados y exigidos jurisdiccionalmente o respetar su obligatoriedad.

En esta dirección, se pretende abordar el estudio de los derechos sociales teniendo en cuenta el contenido o naturaleza jurídica de los mismos. El presente estudio se realizará en mayor medida teniendo en cuenta el contenido de los derechos sociales que requieren de un gasto público o financiero del Estado, a estos derechos que están supeditados al presupuesto del Estado, o a una institucionalidad que respalde su eficacia, como leyes, administración, infraestructura, etc.

A estos derechos denominaremos derechos sociales prestacionales condicionados, los cuales exigen necesariamente la existencia de un bienestar o disponibilidad económica destinada o creada para tales fines. En tal sentido, el presente trabajo versará sobre la exigencia del contenido prestacional condicionado de los derechos sociales.

1.2.2. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

1.2.2.1. PREGUNTA GENERAL

¿Tiene eficacia jurídica el contenido prestacional condicionado de los derechos sociales?

1.2.2.2. ENUNCIADOS DEL PROBLEMA (CARACTERÍSTICAS)

A continuación se señalan las principales características que conforman al problema:

- La eficacia jurídica, de un lado, es entendida como la obligatoriedad de las normas en el ordenamiento jurídico, y de otro, como la posibilidad de ser tuteladas en sede jurisdiccional, las normas que sean respetadas y no sean vulneradas.
- Los derechos sociales tienen contenidos positivos y negativos, de tal manera que su eficacia está vinculada con acciones prestacionales y no prestacionales.
- Los derechos sociales pueden ser protegidos por acciones (prestaciones) u omisiones. Estas acciones pueden provenir del Estado así como de particulares.
- Los derechos sociales que tienen contenidos prestacionales pueden ser condicionados y no condicionados.
- Son derechos sociales de contenido prestacional condicionado aquellos derechos sociales que requieren para su eficacia acciones positivas y la existencia de una institucionalidad, sea normativa, funcional o presupuestaria, para su aplicación.
- Los derechos sociales prestacionales no condicionados son aquellos que no están sujetos a ninguna condición o dependen de alguna actuación del Estado. Estos derechos se asimilan a los derechos incondicionados o los derechos de contenido negativo.
- Los derechos sociales pueden ser tutelados por vías jurisdiccionales, sociales y políticas.
- Las garantías sociales se refieren a las exigencias que hacen los ciudadanos de forma organizada a las autoridades del Estado o los

trabajadores a los empleadores, y las garantías políticas a la actuación de las instituciones públicas del Estado para la adopción de una legislación.

- La protección jurisdiccional de los derechos sociales puede realizarse en el Estado a través de procesos ordinarios (Poder Judicial) o a través de procesos constitucionales, en sede constitucional (Poder Judicial y Tribunal Constitucional). En el ámbito internacional por los Tribunales o Cortes Internacionales sobre Derechos Humanos adscritos por el Estado peruano.
- Los órganos jurisdiccionales actuales niegan la tutela ordinaria y constitucional del contenido prestacional condicionado de los derechos sociales.
- La tutela jurisdiccional de los derechos sociales se evidencia sólo en algunos casos de derechos sociales prestacionales no condicionados y en los casos de derechos sociales no prestacionales o de contenido «negativo» u abstencionista (incondicionados).
- A diferencia de los derechos sociales, los derechos civiles y políticos sí gozan de tutela jurisdiccional completa ya sea en sede constitucional o en sede ordinaria.
- En la actualidad los derechos sociales son tutelados residualmente y no como fines en sí mismos.
- El obstáculo que se opone para la protección jurisdiccional de los derechos sociales prestacionales condicionados es el referido a que el Estado no cuenta con los recursos económicos, la normatividad o infraestructura que los respalde.

1.2.2.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Los derechos sociales desde su reconocimiento constitucional se han visto desprovistos de las garantías adecuadas para su protección.

Si bien se logró incorporar en la Constitución los derechos sociales, el verdadero problema ha sido garantizar su eficacia, su vigencia. Así, una nota constante

para dar una solución superficial a este problema ha sido considerarlos como derechos programáticos, de configuración legal, que no tienen vigencia inmediata, ni son exigibles directamente en sede constitucional.

Otro factor que ha contribuido a desconocer la eficacia inmediata y directa de los derechos sociales ha sido el argumento de identificarlos con la factibilidad o viabilidad económica de una nación, así se ha dicho si no hay presupuesto destinado para su ejercicio no se pueden tornar eficaces, y menos aun tutelar judicialmente ya sea en sede ordinaria o en sede constitucional. Figura muy distinta a los derechos civiles y políticos a los cuales si se les da tutela jurisdiccional y se les considera derechos de vigencia directa. Es decir, a los derechos sociales se les ha condicionado a factores económicos o de disponibilidad financiera (presupuesto).

1.2.2.4. PREGUNTAS ESPECÍFICAS

Las preguntas específicas son las que a continuación se detalla:

- ¿Los derechos sociales tienen contenidos positivos y negativos?
- ¿La eficacia jurídica de los derechos sociales está vinculada a acciones prestacionales y no prestacionales?
- ¿Qué se entiende por contenido prestacional y no prestacional de los derechos sociales?
- ¿Por qué los derechos sociales pueden ser protegidos por acciones (prestaciones) u omisiones? ¿Estas acciones pueden provenir del Estado y de los particulares?
- ¿Los derechos sociales que tienen contenidos prestacionales pueden ser condicionados y no condicionados?
- ¿Cuáles son los derechos sociales de contenido prestacional condicionado?
- ¿Los derechos sociales pueden ser tutelados por vías jurisdiccionales, sociales y políticas?
- ¿La protección jurisdiccional de los derechos sociales puede realizarse a través de procesos ordinarios (Poder Judicial) o a través de procesos constitucionales, en sede constitucional (Poder Judicial y Tribunal Constitucional)?

- ¿Por qué los órganos jurisdiccionales actuales niegan la tutela ordinaria y constitucional del contenido prestacional condicionado de los derechos sociales?
- ¿Por qué la tutela jurisdiccional de los derechos sociales se evidencia sólo en algunos casos de derechos sociales prestacionales no condicionados?
- ¿Por qué los derechos civiles y políticos si gozan de tutela jurisdiccional directa ya sea en sede constitucional o en sede ordinaria?
- ¿Por qué los derechos sociales son tutelados, residualmente, en sede constitucional y ordinaria y no como fines en sí mismos?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar por qué no se tutela en sede jurisdiccional constitucional y ordinaria el contenido prestacional condicionado de los derechos sociales. Expresado en otros términos, por qué carecería de eficacia jurídica el contenido prestacional condicionado de los derechos sociales.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Los objetivos específicos en el presente trabajo son los siguientes:

1. Determinar si el contenido prestacional condicionado de los derechos sociales tiene eficacia jurídica, y si es susceptible de ser tutelado jurisdiccionalmente.
2. Explicar en qué consiste el contenido prestacional condicionado de los derechos sociales.
3. Determinar cuales son los medios por los cuales se pueden tutelar los derechos sociales, en especial los de contenido prestacional condicionado.
4. Explicar en qué consiste la tutela jurisdiccional de los derechos sociales.
5. Explicar que es la eficacia directa de los derechos sociales.

6. Explicar y fundamentar por qué los derechos sociales no sólo contienen obligaciones positivas.
7. Explicar por qué los derechos sociales son fines en sí mismos.

1.4. JUSTIFICACIÓN

En nuestro ordenamiento constitucional los derechos fundamentales son los derechos humanos reconocidos a la persona por su sola condición de ser humano. Los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (derechos sociales) tienen un reconocimiento constitucional y son atributos inherentes de la persona humana, nacen de la dignidad y se dirigen a la colectividad, al Estado y los individuos con el fin de hacer de la persona un ser digno en su existencia, y en relación a las condiciones materiales en la que vive.

A pesar de lo señalado, existe una diferencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, en tanto a aquéllos sí se les reconoce eficacia directa e inmediata en sede jurisdiccional ordinaria y constitucional, figura que no sucede con los derechos sociales, a los cuales se les ha denominado derechos programáticos, derechos de configuración legal, derechos no vinculantes, en todo caso, reconocidos en normas ambiguas y que principalmente se encuentran condicionados al bienestar económico de la nación o a la factibilidad económica.

Así, en la jurisprudencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional (tutela jurisdiccional) se evidencia que los derechos sociales se han tutelado en los casos en que a través de la afectación de ellos (los derechos sociales) se ha afectado o vulnerado un derecho civil o político, o en los casos de derechos sociales de contenido abstencionista o negativo, o de aquellos derechos que no implican un gasto público.

De tal manera, la protección de los derechos sociales que tienen contenido prestacional y se encuentran condicionados a factores económicos, normativos o institucionales se han visto relegados, al margen de la tutela jurisdiccional y peor aún, de la tutela constitucional, haciéndolos depender de la discrecionalidad de los poderes del Estado.

Es por ello, se pretende en el presente trabajo de investigación determinar si es factible proteger, vía la jurisdicción constitucional, el contenido prestacional condicionado de los derechos sociales (determinar si tienen eficacia jurídica).

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. DELIMITACIÓN ESPACIAL

El estudio que se abordará en el presente trabajo tiene como límite o frontera el orden constitucional peruano, de tal manera el presente trabajo se desarrollará básicamente dentro del marco de la Constitución peruana actual, de donde se recogerá las instituciones vacilares que nos den una respuesta o solución al problema planteado, en tal sentido y en el marco de la Constitución se revisará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial donde se denote el grado de tutela constitucional que se ofrece al contenido prestacional condicionado de los derechos sociales.

En cuanto a la delimitación espacial, el lugar donde se llevará a cabo la investigación es en Lima, además, es aquí donde se encuentra la mayor posibilidad de acceder a fuentes bibliográficas, ya que aquí se encuentran varias bibliotecas especializadas en Derecho, y las sedes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de la República.

1.5.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL

El presente estudio se desarrollará principalmente desde la entrada en vigencia de la presente Constitución, lo cual no significa que el análisis prescindiera de las constituciones anteriores, en particular las Constituciones de 1920, 1933 y 1979. De este modo, si bien se tomará como límite temporal la entrada en vigencia de la actual Constitución de 1993, se hace la salvedad que recurriremos a instituciones del constitucionalismo histórico para sustentar y defender nuestra tesis.

Por otro lado, en cuanto al desarrollo de la investigación, cumpliendo con las exigencias de los estudios de Posgrado, debemos de terminar con la tesis y sustentarla para obtener el grado de Magister.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

2.1. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS, VARIABLES E INDICADORES

2.1.1. HIPÓTESIS

2.1.1.1. HIPÓTESIS ANALÍTICA

“Si cuenta con eficacia jurídica el contenido «prestacional» condicionado de los derechos sociales, **entonces**, no se puede establecer que dependa del bienestar económico (disponibilidad económica)”.

2.1.1.2. HIPÓTESIS SINTÉTICA

“Si cuenta con eficacia jurídica el contenido «prestacional» condicionado de los derechos sociales, **siempre que** no dependa del bienestar económico (disponibilidad económica)”.

2.1.1.3. HIPÓTESIS ESPECÍFICA

“Cuenta con eficacia jurídica el contenido «prestacional» condicionado de los derechos sociales y no depende del bienestar económico (disponibilidad económica)”.

2.1.2. VARIABLES E INDICADORES

2.1.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE E INDICADORES

- Variable Independiente:

A: “Eficacia jurídica”.

- Indicadores:

- Eficacia jurídica a nivel de la Constitución.
- Tutela jurisdiccional constitucional.
- Eficacia jurídica a nivel de la ley.
- Tutela jurisdiccional ordinaria.
- Garantía de la eficacia de los derechos fundamentales.
- Eficacia en el plano de la realidad o goce material.

2.1.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE E INDICADORES

- Variable Dependiente

B: “Contenido prestacional condicionado de los derechos sociales”.

- Indicadores

- Integra el contenido constitucional de los derechos fundamentales.
- Contiene mandatos claros de hacer.
- Concepto determinado.
- Institucionalidad jurídica e infraestructura material.
- Vinculado al presupuesto del Estado.

2.1.2.3. VARIABLE INTERVINIENTE E INDICADORES

- Variable interviniente

C: “Factores económicos o bienestar económico (Disponibilidad económica)”.

- Indicadores

- Presupuesto de la nación.
- Condiciona la vigencia de los derechos fundamentales.
- Depende de las decisiones políticas del Estado.
- Se establece anualmente.
- Responsabilidad de los poderes del Estado.

2.4. DETERMINACIÓN DEL UNIVERSO, SELECCIÓN DE LA MUESTRA

2.4.1. UNIVERSO

El universo está constituido por las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de Amparo, Cumplimiento e Inconstitucionalidad, referidos al tema materia de la presente investigación, consultándose algunas ejecutorias supremas que ha pronunciado la Corte Suprema del Poder Judicial.

2.4.2. MUESTRA

La muestra está conformada por las sentencias que constituyen Precedentes Vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional peruano donde se define las reglas de protección de los derechos sociales en sede constitucional y ordinaria.

Así también se ha tomado las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad donde el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los derechos sociales prestacionales condicionados como la homologación de las remuneraciones de los docentes universitarios, la nivelación de los jueces del Poder Judicial, el caso FONAVI. En esta línea también se ha tomado en referencia la sentencia sobre la reforma constitucional del régimen pensionario de D.L. 20530. Y se ha tomado en cuenta además el acta de aumento de las remuneraciones de los médicos acordado por el Estado con la Federación Médica Peruana.

2.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

2.5.1. ANÁLISIS DOCUMENTAL

Técnica aplicada para el análisis doctrinario de las diversas obras en relación a la materia investigada, así como las sentencias del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Poder Judicial existente.

2.5.2. ANÁLISIS MICRO-COMPARATIVO DE SISTEMAS JURÍDICOS EXTRANJEROS

Se ha elegido del Derecho Comparado un grupo de sistemas jurídicos afines al nuestro, para poder determinar las semejanzas y diferencias que pudiesen concurrir, a fin de poder aportar soluciones adecuadas que contribuyan al fortalecimiento del Estado Social y Democrático de Derecho.

CAPÍTULO III

INDIVIDUO Y PERSONA

3.1. REFLEXIONES EN TORNO A LA SOCIEDAD ACTUAL

Las sociedades contemporáneas, a las cuales se las puede denominar en su mayoría como democráticas, en la medida que su organización político, social y cultural se basan en el principio de la voluntad popular o soberanía del pueblo¹, tienen una forma peculiar de concebir al ser humano. La persona humana en la sociedad democrática, su concepción, dista mucho de las sociedades antigua o medieval de la historia de la cultura occidental, así como del mundo asiático, oriental, africano y americano².

El ser humano, de la sociedad democrática contemporánea actual o en todo caso de las sociedades actuales, ha llegado a ser explicado a partir de posturas antropológicas, sociológicas, políticas, filosóficas, teológicas, etc. teniendo como punto de partida el libre albedrío y la autonomía de la voluntad, pero en lo que al presente

¹ Sobre la soberanía popular *vid.* Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín: “Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 12, núm. 36, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 71-104.

² En lo que respecta al estudio del hombre y la cultura a lo largo de la historia puede verse Weber, Alfred: *Historia de la cultura*, Fondo de Cultura Económica, 3ª. edición, México, D.F., 1945, 465 págs. y Alarco, Eugenio: *El hombre peruano en su historia. Los antepasados hispánicos*, Editorial Ausonia Talleres Gráficos S.A., Lima, 1976, 476 págs. Para los fines del presente trabajo nos permite ubicar y delimitar espacial y temporalmente al ser humano en el mundo cultural occidental moderno-contemporáneo, que es la realidad en la cual nos encontramos.

trabajo respecta, nos referiremos únicamente a la dimensión jurídica del ser humano como sujeto de derechos y deberes, pero de forma especial, en el ámbito de la forma de Estado social y de los derechos sociales económicos y culturales.

En esta línea, resulta de suma importancia comprender las relaciones que se presentan entre persona, sociedad y Estado. Estos tres elementos, se vincularán con otro fenómeno cultural, como es el Derecho. En la medida que el Derecho adopte como su objeto de estudio a uno de estos fenómenos, nos da la Teoría de los Derechos Fundamentales, la Teoría de la Constitución o la Teoría del Estado, respectivamente, entre las más principales. En el presente capítulo nos remitimos a desarrollar la dimensión individual del ser humano, y asumir la posición más acorde con el logro de su desarrollo personal y colectivo, bajo los estándares culturales e ideológicos en que nos encontramos.

3.2. DEL INDIVIDUO Y DE LOS INTERESES INDIVIDUALES

El individualismo, como tal, ha tenido diversas manifestaciones en las distintas sociedades humanas. De una u otra forma ha existido el individualismo y así permanecerá mientras exista el ser humano. Lo que resulta llamativo para nosotros es definir si la forma de cómo entendemos hoy al individualismo, vinculado no sólo al aspecto personal como satisfacción de intereses, influye también en la forma de organizar las instituciones y de organizar la vida en sociedad. El individualismo vinculado a la organización política y, como un aspecto del ser humano, se encuentra por ejemplo, en la edad antigua, medieval y en el renacimiento del mundo occidental³.

Si bien en cada uno de estos órdenes sociales ha adquirido una peculiaridad especial, el individualismo como cualidad indiscutible del ser humano, en el mundo moderno, no solo se ha visto reflejado en su dimensión personal, sino en las propias instituciones y en la comunidad social en la que vive. Hasta llegar al punto de hablar que esta nueva organización social, el Estado moderno, es un Estado basado en el

³ “En la democracia ateniense, el hombre no conoce la libertad individual, sino que solamente posee la libertad política. El griego, contemporáneo de Pericles, puede formar parte de la Asamblea, y allí hablar y votar; puede designar los miembros del Consejo y formar parte de él, y en esto y aquello consiste su libertad; pero el hombre está totalmente mancipado a la *Polis*, que representaba la plena realización de la vida. El *cesarismo* o *bonapartismo*, es también una realización histórica de Democracia, ya que el pueblo soberano es quien transfiere a un hombre, por expresión plebiscitaria todo el poder político. En nuestros días, la democracia *masiva* o *autoritaria*, conforma el Estado *totalitario*”. Vid. Sampay, Arturo Enrique: *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1942, pág. 84.

individualismo. De esta forma, el “Estado trata de conseguir la libertad genérica del individualismo abstracto mediante tres vías: reconocimiento de derechos individuales, como esfera de libertad personal; una organización específica del poder (división); y, la sumisión de la actividad del Estado a normas que eliminen todo arbitrio que ponga en peligro la seguridad de los individuos y sea contraria a su dignidad y su igualdad sustancial”⁴.

Pero, ¿qué es este individualismo? ¿este individualismo está caracterizado por la defensa acérrima de la libertad y autonomía individual? ¿libertad que se manifiesta no sólo en el ámbito social, sino también y de forma principal en el ámbito económico, religioso, político y cultural? De tal forma, en este nuevo Estado, el Estado moderno, ¿se crea, se organiza, funciona y persigue el respeto y defensa de la libertad y autonomía personal?

Podemos encontrar una explicación para el surgimiento de este nuevo hombre moderno como individualista en “la Reforma, que representa la rebelión de la conciencia individual contra las pretensiones de la autoridad, contribuye al desarrollo del ideal individual, especialmente cuando el Estado interviene en las doctrinas religiosas. Las teorías de los derechos naturales y del pacto social, el principio utilitarista de la felicidad del mayor número, consideran al individuo como el elemento más importante del Estado. La revolución francesa ofrece, también un ideal individualista al sostener, apasionadamente, la creencia de que las instituciones políticas tienen su origen en la existencia humana y reflejan sus efectos en la vida de los ciudadanos”⁵.

Pero, se puede afirmar además que el “individualismo moderno brota de la Revolución industrial, a quien se debe la desaparición de los últimos vestigios de las castas medievales. La revolución convierte al «hombre económico» en el miembro más importante y respetable de la sociedad. Ensancha y amplía los mercados y produce el régimen de las fábricas, se oponen a la tradición del gobierno absoluto y proclaman la necesidad de una amplia libertad individual. La nueva biología, con su doctrina de la

⁴ Sánchez Agesta, Luis: “Una obra clásica de nuestro Derecho Constitucional (Comentario a la reedición del «Derecho Constitucional Comparado» de Manuel García Pelayo)”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 5, núm. 13, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 241.

⁵ Gettell, Raymond G.: *Historia de las ideas políticas*, traducción del inglés y Prólogo de Teodoro González García, vol. II, 2ª. edición, Editora Nacional Edinal, S. de R.L., México, D.F., 1959, pág. 213.

evolución, a través de los más aptos, fortalece y apoya los argumentos económicos a favor de la libertad de competencia y de los principios de *laissez faire* y del libre cambio”⁶.

En suma, el hombre moderno, el hombre individualista, se concibe como poseedor de determinados derechos naturales, los cuales el Estado no puede tocar. El Estado debe dejarlos en libertad, y la manera más adecuada de fomentar los intereses de la comunidad es asegurando a cada uno la conquista de su propio interés. La lucha y la libre competencia humana son condiciones esenciales del progreso. Se deja a la naturaleza abandonada a sus propias fuerzas; a confiar en el desarrollo de las fuerzas naturales, en cuyo proceso radica únicamente la solución de todos los problemas sociales, si se evita y aleja la intromisión embarazosa del Estado⁷. En esta medida el pensamiento liberal clásico jugó un papel muy importante, central, para la formación del Estado moderno liberal y en la nueva persona como ser individual, libre y autónomo.

Las razones que explican, de otro lado, la formación del pensamiento liberal clásico son varias, bástenos para el presente trabajo, y siguiendo a Bhikhu Parekh, señalar los siguientes: “el cristianismo, el colonialismo y el surgimiento del Estado-nación. Algunos de los primeros liberales como Locke, Montesquieu y Tocqueville pensaron que el cristianismo era la única religión capaz de contribuir al desarrollo de valores liberales como la dignidad humana, la libertad, la igualdad e incluso el disenso y que, por lo tanto, era la única digna de ser abrazada por un hombre libre. El liberalismo era la expresión secular de un cristianismo que lo mantenía vivo. Los liberales eran la «luz», el resto vivía en la oscuridad. La historia humana no era sino una lucha entre el bien y el mal, representados respectivamente por la libertad, el individualismo y la racionalidad por un lado, y el despotismo, el colectivismo, las costumbres ciegas y la conformidad social por otro. En lo que respecta al colonialismo, los escritores liberales se vieron ante la necesidad de hacer una declaración de principios sobre el colonialismo para demostrar porqué las colonias no debían ser libres para vivir sus vidas según su propia elección. Les hacía enfrentarse a problemas y perplejidades teóricas e influyó sobre la forma que tuvieron de articular su concepción del individuo, el contenido de sus principios y las condiciones y límites de su aplicación. El tercero de los factores está

⁶ Gettell, Raymond G.: *Historia de las ideas políticas*, op. cit., pág. 214.

⁷ Gettell, Raymond G.: *Historia de las ideas políticas*, op. cit., pág. 214.

relacionado con el surgimiento del Estado moderno. Casi todos los liberales asumen que toda sociedad precisa de un Estado de este tipo y que, su existencia es una de las señas distintivas de una sociedad «civilizada». El liberalismo imprimió al Estado su carácter de moderno. Dotaba de relevancia e institucionalizaba ideas como el imperio de la ley, la igualdad de todos los ciudadanos, la idea que los únicos sujetos de derechos y obligaciones eran los individuos, y la necesidad de una relación directa (no mediata) entre los ciudadanos y el Estado”⁸.

Se ha ligado, en esta primera etapa del Estado moderno, al individualismo con la satisfacción de intereses, que en su mayoría estarán relacionados con las actividades del nuevo hombre, el hombre económico. Este nuevo hombre parte por señalar que cada individuo tratará de satisfacer su interés personal y de obtener el máximo rendimiento con el mínimo de esfuerzo. El interés personal de cada individuo lo impulsará en efecto a tomar todas las ocupaciones que se ofrezca a él, lo que procurará la mayor remuneración. Pero como los otros hombres consentirán en pagar sus servicios y sus productos, tanto más caros cuanto los juzguen mejor adoptados a sus necesidades, cada trabajador será naturalmente conducido a investigar y a esforzarse en colmar los gustos de otros individuos. Cuanto más grande fuera el deseo egoísta de ganancia y de placer, más será incitado a satisfacer la necesidad social⁹, nos indicarán. De tal manera, en la sociedad no hay un individuo sino una multiplicidad de individuos cada uno con su interés personal que tratan de satisfacer las diversas necesidades sociales, entre estos individuos, juega la concurrencia¹⁰.

Así, el juego del interés personal en un medio de libre concurrencia, asegura a la vez el equilibrio económico, puesto que adopta en todo instante la producción a la necesidad y el progreso social; puesto que obliga a todos los productores, a marchar en pos de los perfeccionamientos técnicos, consiguiendo la recompensa los más hábiles¹¹. Se trata entonces de la satisfacción de las necesidades humanas con la realización del interés individual.

⁸ Parekh, Bhikhu: *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*, traducción de Sandra Chaparro, Ediciones Istmo, S.A., Madrid, 2005, págs. 61 y ss.

⁹ Morales Carbo, Carlos Rosas: *Historia de las doctrinas económicas europeas contemporáneas*, Imp. «Americana» Plazuela del Teatro, Lima, 1937, pág. 3.

¹⁰ Morales Carbo, Carlos Rosas: *Historia de las doctrinas económicas europeas contemporáneas*, op. cit., pág. 4.

¹¹ Morales Carbo, Carlos Rosas: *Historia de las doctrinas económicas europeas contemporáneas*, op. cit., pág. 5.

3.2.1. CORRIENTES ACERCA DEL INDIVIDUALISMO

El individualismo, vinculado a la libertad y a la autonomía, es una característica que se presenta en la sociedad moderna, antes no existía el individualismo en estos términos, ya sea hagamos referencia a la sociedad medieval, o una sociedad antigua, como la romana o griega, en el marco del mundo de la cultura occidental.

Por ejemplo, las cuestiones morales desde un punto de vista puramente individual podría ser aquella afirmación Kantiana según la cual yo debo cumplir mi deber, pero no es deber para mi cuidar de la perfección de los demás¹². En el ámbito político económico, se ha visto reflejado en el liberalismo económico, cuyo supuesto era la creencia en la armonía preestablecida de los diferentes intereses individuales. El egoísmo bien entendido, el «egoísmo racional» de cada cual, conduciría derechamente al buen ordenamiento social y constituiría de este modo, por sí mismo, la mejor o más bien la única virtud social, simple resultante de una serie de virtudes privadas, la laboriosidad, la buena administración, la industriosidad, la honradez comercial y, en todos los tratos, la previsión y el ahorro¹³.

La perfecta actuación entre las prácticas privadas y el bienestar social fue, en un principio, la ética religiosa del puritanismo que después, y a medida que avanzaba el proceso de secularización de la vida, se vio sustituida por la ética naturalista de la supervivencia de los más aptos, es decir, según la valoración vitalista, de los mejores, en la lucha por la vida. El calvinismo y el darwinismo han servido así para justificar una moral competitiva y para fundar el mito del *self-made-man*. La moral católica, más comprensiva con la debilidad humana, se limitó a demandar, junto al ejercicio de las virtudes individuales naturales, la práctica de la caridad, bajo la forma de limosna. Este era el único correctivo que se proponía, con carácter puramente subsidiario, a la injusticia social¹⁴. El Derecho, fiel a esta misma inspiración individualista y privatista, no quiso ser, en esta época, más que mera protección legal de esos intereses del egoísmo razonable¹⁵.

¹² López Aranguren, José Luis: *Ética y política*, 2ª. edición, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pág. 88.

¹³ López Aranguren, José Luis: *Ética y política*, *op. cit.*, pág. 89.

¹⁴ López Aranguren, José Luis: *Ética y política*, *op. cit.*, pág. 89.

¹⁵ López Aranguren, José Luis: *Ética y política*, *op. cit.*, pág. 89.

El liberalismo deja en libertad a los individuos y grupos particulares, los más fuertes de ellos se imponen a los demás y, lejos de repartirse igualitariamente el ejercicio de la libertad, aquéllos convierten ésta en monopolio de poderes oligárquicos y, en cuanto no formalmente políticos, políticamente irresponsables. El «espíritu de empresa» ha sido la forma burguesa de la virtud de la magnanimidad (el emprender grandes cosas con la asunción del correspondiente «riesgo»). Puesto en relación con la moral del trabajo –exaltación de la virtud de la laboriosidad, repulsa de la vida ociosa y de la «clase ociosa» o aristocrática– y con el cultivo de otra virtud típica, el ahorro, pero no improductivo, sino como inversión –moral y economía de inversión, y no, en contraste con la actual, de consumo–¹⁶.

Ahora, en los términos de las sociedades democráticas modernas, se ha postulado y sostenido de forma frecuente, y muchas de las veces, se ha asimilado como uniformes o sinónimos, las categorías de individualismo, liberalismo y democracia. En el pensamiento occidental, el liberalismo precedió a la democracia, a la vez que el individualismo (el individualismo posesivo), fue el antecedente que dio forma al liberalismo¹⁷.

Para Macpherson, “el individualismo posesivo es una concepción del hombre (de la «esencia humana») y de la sociedad humana. Concibe al individuo, esencialmente, como alguien propietario de su propia persona o de sus capacidades, sin que deba nada por ellas a la sociedad. Desde este planteamiento, el individuo no es visto ni como un todo moral ni como una parte del todo social más amplio, sino como propietario de sí mismo[...] el individuo es libre siempre y cuando sea el propietario de su persona y capacidades”¹⁸. A este individuo posesivo corresponde una cierta clase de sociedad, denominada «sociedad posesiva de mercado»; “dicha sociedad está compuesta de[...] individuos libres e iguales relacionados entre ellos como propietarios de sus propias capacidades y de lo que han adquirido gracias a su propio esfuerzo. La sociedad está compuesta de relaciones de intercambio entre propietarios. La sociedad política

¹⁶ López Aranguren, José Luis: *Ética y política, op. cit.*, pág. 154.

¹⁷ Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX*, traducción de Germán Cano, Ediciones Akal, S.A., Madrid, 2001, pág. 143.

¹⁸ Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX, op. cit.*, pág. 143.

mecanismo creado para proteger la propiedad y mantener en orden las relaciones de intercambio”¹⁹.

Desde esta perspectiva, en el marco del individualismo posesivo, la propiedad es comprendida de una manera singular. Para el individualismo posesivo, “la propiedad no es sino «una demanda ejecutable de una persona para hacer un uso o beneficiarse de algo». La propiedad privada es un derecho de uso o de beneficio *exclusivo*, un derecho del propietario no sólo para hacer un uso o para beneficiarse, sino también para excluir a otros de ese uso o beneficio. La propiedad común es tanto un derecho de los individuos como lo es la propiedad privada (y ha de ser claramente distinguida de la propiedad estatal); es el derecho de los individuos a «no ser excluidos del uso o del beneficio que la sociedad o el Estado ha declarado que es de uso común». En este sentido, la propiedad común es una institución perfectamente familiar –incluye «tierras comunes, parques públicos, calles de ciudades, carreteras», esto debería abarcar más cosas”²⁰.

La apoteosis de la propiedad privada se deriva del individualismo posesivo, de la visión del hombre como ser de la apropiación consumista, que inevitablemente priva a la mayoría de la población del derecho a acceder a los medios de trabajo, y en esa medida, sometiéndolos a una transferencia forzosa de sus poderes a otros²¹.

El individualismo, ha sido sostenido y explicado desde otra perspectiva, como es la corriente del libre mercado o del liberalismo. En esta perspectiva, los defensores del libre mercado, el individuo, y en particular la libertad individual a la cual la liga indisolublemente, implica instituciones y situaciones distintas o, en todo caso, contrarias a sus retractores. En defensa del individualismo y de la economía de mercado del sistema capitalista y de la propiedad encontramos por ejemplo a Hayek²². Él nos dirá, la libertad significa «la posibilidad que tiene una persona de actuar según sus propias decisiones y planes, en contraste con estar subordinado a la voluntad de otro», esto es estar obligado por otro. La libertad requiere «una esfera privada asegurada (...) una serie de circunstancias en el entorno [del individuo] en el que no exista la interferencia de otros». La propiedad privada es una esfera de este tipo –asegurada por normas generales antes que garantizadas por una autoridad cuyo poder sobre las esferas

¹⁹ Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX, op. cit.*, pág. 144.

²⁰ Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX, op. cit.*, pág. 163.

²¹ Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX, op. cit.*, pág. 163.

²² Lessnoff, Michael H., *La filosofía política del siglo XX, op. cit.*, págs. 215-256.

privadas individuales pudiera convertirse en un instrumento colectivo—. La libertad individual en la sociedad moderna depende menos de la propia posesión de uno mismo que de la condición de que determinados medios materiales vitales «no esté por completo bajo el control exclusivo de otro agente». La propiedad de estos medios materiales «debería suficientemente dispersa como para que el individuo no dependa de personas particulares que únicamente puedan emplearle laboralmente» (se difiere del socialismo en el sentido de la propiedad del Estado sobre los medios de producción)²³.

En este contexto, «La libertad del empleado depende de la existencia de un gran número y una gran variedad de empresarios» y estaría siempre amenazada «en el caso de que únicamente existiera un único empresario, a saber: el Estado», que tendría entonces un enorme poder coercitivo. Por contraste, «en una sociedad competitiva, la persona empleada no está a merced de un solo empresario», en el momento en que es generalmente posible conseguir otro empleo distinto»²⁴.

Asimismo, en lo que concierne a los mecanismos jurídicos de defensa del libre mercado, «Las «leyes» son las normas mediante las que el gobierno se organiza a sí mismo (y a sus súbditos) a fin de alcanzar sus fines. Pero, excepto en un sistema totalitario, el gobierno y la sociedad no son co-extensivos. Las leyes de la sociedad son, o pueden y deben ser, de una clase distinta, a saber, *normas impuestas de conducta (justa)*. El gobierno de la ley significa simplemente que el gobierno, como todo el mundo, está sometido a normas sociales impuestas de conducta justa[...], estas leyes, a diferencia de las órdenes impuestas, no son coercitivas. Son tanto prohibiciones negativas como obligaciones positivas impuestas sólo cuando estas últimas surgen de actos voluntarios (como en el caso de los contratos). De este modo, «proveen de un marco dentro del cual el individuo debe moverse, pero en el que las decisiones son propias». Estas leyes no nos someten a la voluntad de otros, ni nos obligan a servir a los fines de otra persona»²⁵.

Concluirá señalando Hayek, las normas impuestas de conducta justa no son órdenes de soberanía, ya que no son órdenes en ningún caso. También en una sociedad

²³ Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX, op. cit.*, págs. 236-237.

²⁴ Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX, op. cit.*, pág. 237.

²⁵ Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX, op. cit.*, pág. 239.

libre caracterizada por el gobierno de la ley, éstas no emanan de la soberanía, ya que en tal sociedad no hay soberanía (definida por Hobbes y Austin como no sujeta a ley)²⁶.

Finalmente, vinculado al ámbito económico, podemos encontrar doctrinas individualistas, las mismas que pueden ser expresadas en un individualismo extremo y un individualismo moderado²⁷.

En el individualismo extremo podemos citar a G. de Molinari, quien sostiene “el Estado no tiene otra cosa que hacer que mantener el medio libre, lo que quiere decir que el Estado no tiene otra misión que velar que las actividades económicas individuales se puedan desplegar libremente”²⁸. Lleva el individualismo a su grado extremo y reduce a casi nada la acción del Estado. Para que el Estado no pase sus límites, De Molinari, clasifica en dos categorías los productos y servicios necesarios al individuo y a la sociedad según su consumo sea individual o colectivo²⁹.

Los servicios de consumo individual deben ser íntegramente dejados a las empresas privadas. Tratándose de la enseñanza se pronuncia contra los establecimientos del Estado. La enseñanza en todos los grados debe encargarse a la industria privada prohibiéndose al Estado distribuirla o subvencionarla. Sin embargo, admite que el Estado imponga como obligación a los padres el dar instrucción a sus hijos. Aclara, además, la instrucción obligatoria no quiere decir instrucción gratuita. En todo caso la caridad vendrá en ayuda de los padres pobres, los que recibirán bonos de enseñanza como reciben bonos de pan.

En cuanto a los servicios de consumo colectivo admite la intervención del Estado pero acoge con favor los medios que permitan restringir su campo de acción. Para los servicios colectivos internos (justicia, policía, alumbrado, pavimentación de calles, etc.) el ideal sería que el Estado se dirigiera a empresas especiales y concluyera con ellas, contratos poniendo en tanto que fuera posible unos frente a los otros. En todo caso, si el Estado asume alguna función, entiende que esta función sea sometida al juego de las leyes de la economía privada y concurrencial.

²⁶ Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX*, op. cit., pág. 240.

²⁷ Morales Carbo, Carlos Rosas: *Historia de las doctrinas económicas europeas contemporáneas*, op. cit., págs. 8-34.

²⁸ Morales Carbo, Carlos Rosas: *Historia de las doctrinas económicas europeas contemporáneas*, op. cit., pág. 9.

²⁹ Morales Carbo, Carlos Rosas: *Historia de las doctrinas económicas europeas contemporáneas*, op. cit., págs. 11 y 13.

Las doctrinas individualistas moderadas, en cambio, si bien comparten los pilares del individualismo y el liberalismo, postulan con más confianza en la libertad que en la reglamentación, comprenden que el individualismo integral es imposible en el tiempo presente, por los peligros que puede presentar en el orden nacional o en el orden social y aceptan una esfera legítima de intervención donde las actividades económicas particulares son conjugadas y controladas por el Estado³⁰.

En los defensores del individualismo moderado tenemos a P. Leroy-Beaulieu. Sostiene que el interés general prima sobre los intereses individuales, que una buena organización económica debería ver por el bien social, no satisfaciendo los intereses de tales o cuales individualidades particulares. Pero el bien social, era mejor asegurado por el libre juego de las iniciativas privadas que por la reglamentación³¹.

Desde esta perspectiva, la postura del individualismo, marcado por la función de la economía, puede ser afirmada en términos más o menos utilitaristas, como es el caso de la satisfacción de los deseos de los individuos recurriendo a la producción de bienes y prestación de servicios³². Así, a este individualismo, podríamos caracterizarlo mediante la siguiente frase de Hume: “la humanidad, por naturaleza, se mueve por una avidez de conseguir bienes y posesiones [que] es insaciable, incesante, [y] universal”³³.

3.2.2. EL INDIVIDUALISMO EN LAS NACIENTES SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

El individualismo, manifestado en el plano filosófico-político en las tesis del liberalismo y en el plano económico en el libre mercado, han sido las instituciones gestoras de la nueva sociedad, nueva en el sentido de ser actual, moderna, en comparación con la edad media o antigua. La sociedad moderna, caracterizada por ser una sociedad democrática, hunde sus raíces en este individualismo. De tal forma, para explicar los fenómenos políticos, sociales, económicos jurídicos, etc., del mundo moderno, es imprescindible hacer de relieve las características del origen de la sociedad moderna, los mismos que en la fecha si bien no han cambiado, solo se han perfeccionado o evolucionado desde un tronco común.

³⁰ Morales Carbo, Carlos Rosas: *Historia de las doctrinas económicas europeas contemporáneas*, op. cit., pág. 17.

³¹ Morales Carbo, Carlos Rosas: *Historia de las doctrinas económicas europeas contemporáneas*, op. cit., pág. 18.

³² Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX*, op. cit., pág. 155.

³³ Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX*, op. cit., pág. 155.

En esta perspectiva, el lazo que mantiene unida a la sociedad, y de forma particular, por ejemplo a la sociedad americana, y que alimenta los principios reguladores de la vida social, es el “interés”, y este elemento del interés será desarrollado por Alexis de Tocqueville³⁴, en los fulgores de la naciente sociedad democrática moderna. Al respecto, Tocqueville, nos dirá, “es interés de todos y de cada uno rechazar el absolutismo gnoseológico, basado en la presunción de «promulgar leyes eternas», reconocer nuestra «naturaleza imperfecta», abre en efecto el camino al ejercicio de la «ilimitada facultad de perfeccionamiento» humano. Y es interés de todos y cada uno vivir en la tolerancia, pues de este modo se amplía el ámbito de la cooperación humana”³⁵.

La doctrina sobre el interés, había tenido en Adam Smith, su más insigne defensor. Como es sabido, su icástica fórmula era: «No es de la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero de la que esperamos nuestro sustento, sino de la consideración de su interés personal». “El interés egoísta, traducido en apetito de lucro, mueve la iniciativa privada. Frente a la demanda de los artículos que la sociedad requiere para satisfacer sus necesidades, el individuo busca y crea, en ejercicio de la libertad de empresa, la forma (remunerativa para sí) de satisfacer esa demanda, produce aquellas mercancías que los demás desean adquirir, y las pone a la venta”³⁶. En tal entendido, “[t]odo hombre tiene absoluta libertad para perseguir su propio interés del modo que mejor le acomode, mientras que el [E]stado tiene tan sólo la obligación de la defensa del territorio, de la determinación del derecho y del sostenimiento de orientaciones públicas establecidas con precisión”³⁷.

Es, pues, perfectamente comprensible el énfasis que tiene la «doctrina del interés» para caracterizar a la naciente sociedad democrática. Y es precisamente aquí donde la «doctrina del interés», a la cual denominaré «el interés del bien entendido», muestra cómo la interacción social puede desarrollarse entre individuos portadores de distintas concepciones filosóficas, culturales, económicas y religiosas del mundo. De

³⁴ Tocqueville, Alexis de: *La Democracia en América*, t. II, Sarpe, Madrid, 1984, págs. 107-116.

³⁵ Infantino, Lorenzo: “Tocqueville y el problema de la democracia”, en *La Ilustración liberal: Revista Española y Americana*, núm. 11, 2002, párrafo 51, edición digital, <<http://www.ilustracionliberal.com/11/tocqueville-y-el-problema-de-la-democracia-lorenzo-infantino.html>>, visitada el día 19 de agosto de 2013.

³⁶ Montenegro, Walter: *Introducción a las doctrinas político-económicas*, 3ª. edición, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México, D.F. - Buenos Aires, 1964, pág. 33.

³⁷ Salin, Edgar: *Historia de la Doctrina Económica*, traducción de C. de las Cuevas, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1948, pág. 122.

aquí la autonomía a la sociedad civil, la restricción de la esfera de la intervención de la política.

Dentro de la sociedad se hace necesario que se interrelacionen los individuos. Hay que poner en contacto a individuos entre sí desconocidos, pero que ya son potenciales co-operadores. Entonces “aparece de pronto un periódico que ilustra a todos el sentimiento o la idea que, simultánea pero separadamente, se les había ocurrido a cada uno. Todos se dirigen inmediatamente hacia este faro, y estas almas errantes que se buscaban desde hacía tiempo en la oscuridad, finalmente se encuentran y se reúnen. El periódico las ha acercado”³⁸. Los medios de comunicación ha hecho posible la interacción de los individuos distanciados y diferenciados.

Así es como, por ejemplo, los “americanos de todas las edades, condiciones y tendencias se asocian continuamente, no solo en asociaciones comerciales e industriales, sino que también en religiosas, morales, graves, baladíes, generales y específicas, amplias y restringidas. Los americanos se asocian para dar fiestas, fundar seminarios, construir hoteles, levantar iglesias, difundir libros, enviar misioneros a los antípodas; crean así hospitales, prisiones, escuelas. Por todas partes, donde a la cabeza de una nueva institución veis, en Francia, al gobierno y en Inglaterra a un gran señor a la cabeza de las nuevas empresas, contad con que en los Estados Unidos hallaréis una asociación”³⁹. Y esta asociación, responde justamente a los intereses de los que conforman la asociación. De tal forma Tocqueville, señalará “el país más democrático de la tierra es aquel en el que los hombres más han perfeccionado el arte de perseguir conjuntamente el objeto de sus comunes deseos y han aplicado al mayor número de objetos esa nueva ciencia”⁴⁰.

³⁸ Al respecto Tocqueville señala que “un periódico no puede mantenerse sino a condición de presentar una doctrina o un sentimiento común a un gran número de personas. Un periódico representa, pues, siempre una asociación, cuyos miembros son sus lectores habituales. Esta asociación puede ser más o menos definida, más o menos restringida, más o menos numerosa; pero existe, por lo menos en germen, en las mentes: sólo por eso el periódico no muere”. *Vid.* Tocqueville, Alexis de: *La Democracia en América, op. cit.*, pág. 102; y en sobre el rol de los periódicos de las asociaciones, *vid.* págs. 99-102. En esta dirección, en la «nueva sociedad» cobra relevancia la opinión pública. “La opinión pública aparece cuando la sociedad burguesa despierta a la propia conciencia política; crítica, entonces, los dogmas del Catolicismo, cuyos rígidos imperativos éticos impedían su actividad mundana y económica, e intenta la legitimación racional de la obediencia política”. *Vid.*, Sampay, Arturo Enrique: *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués, op. cit.*, pág. 91.

³⁹ Tocqueville, Alexis de: *La Democracia en América, op. cit.*, pág. 96.

⁴⁰ Tocqueville, Alexis de: *La Democracia en América, op. cit.*, pág. 96.

Lo cual genera que el individualismo tenga una manifestación peculiar en las nacientes sociedades democráticas. El «individualismo», será entendido por Tocqueville como “un sentimiento ponderado y tranquilo, que impulsa a todo ciudadano a apartarse de la masa de sus semejantes y a mantenerse aparte con su familia y sus amigos: de suerte que, tras haberse creado una pequeña sociedad por cuenta propia, abandona de buena gana la gran sociedad a sí misma”⁴¹.

Para Tocqueville, el individualismo es una expresión engendrada por una idea nueva. Nuestros padres no conocían más que el egoísmo. El egoísmo es un amor apasionado y exagerado hacia la propia persona que induce al hombre a no preferir nada sino a uno mismo y a preferirse en todo. El egoísmo nace de un instinto ciego; el individualismo procede de un juicio erróneo, más que de un sentimiento depravado. Se origina tanto en los defectos del espíritu como en los vicios de la afectividad⁴².

El egoísmo seca la fuente de las virtudes; el individualismo, al principio, sólo ciega las de las virtudes públicas; pero a la larga ataca y destruye todas las otras, y acaba encerrándose en el egoísmo. El egoísmo es un vicio tan viejo como el mundo, y pertenece a cualquier forma de sociedad. El individualismo es propio de las democracias, y amenaza con desarrollarse a medida que las condiciones se igualen.⁴³

Por ejemplo, en las sociedades aristocráticas todos los ciudadanos tienen un puesto fijo más o menos elevado, resulta que cada uno siempre siente sobre él a un hombre cuya protección le es necesaria, y bajo él a otro cuyo servicio puede reclamar; además, los hombres que viven en las aristocracias casi siempre están estrechamente sujetos a alguna cosa ajena, lo que con frecuencia les predispone a olvidarse de sí mismos. La aristocracia hizo con todos los ciudadanos una larga cadena que se remontaba desde el aldeano al rey; la democracia rompe la cadena y separa cada eslabón⁴⁴.

A medida que las condiciones sociales se igualan –como por ejemplo se da en las democracias– se da un mayor número de individuos que, aun cuando no son lo bastante ricos ni poderosos para ejercer una gran influencia sobre la suerte de sus semejantes, sin embargo, han adquirido o han conservado conocimientos y bienes

⁴¹ Tocqueville, Alexis de: *La Democracia en América*, op. cit., pág. 89.

⁴² Tocqueville, Alexis de: *La Democracia en América*, op. cit., pág. 89.

⁴³ Tocqueville, Alexis de: *La Democracia en América*, op. cit., pág. 89.

⁴⁴ Tocqueville, Alexis de: *La Democracia en América*, op. cit., pág. 90.

suficientes para bastarse a sí mismos. Esos hombres ni deben nada a nadie, ni esperan, por así decirlo, nada de nadie; se consideran abandonados a sí mismos, y piensan con gusto que su destino se halla por entero en sus propias manos⁴⁵.

Nos dirá Tocqueville, afirmando al individuo, “esas sociedades [democráticas] no sólo contienen gran número de ciudadanos independientes; hay además una masa de hombres que, recién llegados a la independencia, se embriagan con su nuevo poder, confían presuntuosamente en sus propias fuerzas y, convencidos de que en adelante ya no tendrán que solicitar la ayuda de sus semejantes, muestran claramente que no se ocupan sino de sí mismos”⁴⁶.

De otro lado, en los tiempos actuales, el sistema democrático se basa en el principio liberal de legitimidad, por el cual se sostiene que la fuente de justificación del orden social y político está en el libre consentimiento de los ciudadanos⁴⁷. En esta dirección, la noción de democracia deliberativa hunde sus raíces en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la cual los términos y las condiciones de la asociación se obtienen por medio de un proceso de argumentación y de razonamiento público entre ciudadanos libres e iguales⁴⁸.

Nuestro Estado moderno, en su doctrina de la soberanía nacional (Estado liberal de Derecho) entiende la libertad del individuo como libertad negativa, como ámbito de independencia del individuo frente al aparato del Estado. El lema que preconiza es «*silentium legis, libertas civium*», y la ley tiene su razón de ser en cuanto instrumento dirigido a eliminar los peligros que impidan o dificulten el normal desarrollo de aquella esfera «natural» de independencia de cada individuo. La hipótesis política (ideológica) de la que se parte consiste en la sublimación, bajo la apariencia de «estado de naturaleza», de un concreto orden económico, el capitalista, fundado en el «derecho único y originario de la libertad individual» (Kant), cuyo máximo exponente es el «derecho sagrado de propiedad privada» (Artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano). El ordenamiento jurídico se estructura en Estado liberal

⁴⁵ Tocqueville, Alexis de: *La Democracia en América*, op. cit., pág. 90.

⁴⁶ Tocqueville, Alexis de: *La Democracia en América*, op. cit., pág. 91.

⁴⁷ Greppi, Andrea: *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2006, pág. 44.

⁴⁸ Cohen, citado por Greppi, Andrea: *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, op. cit., pág. 45.

de Derecho con el fin de «conservar» la máxima libertad individual (Artículo 2 de la mencionada declaración)⁴⁹.

La libertad esencial es, así, la libertad civil (libertad negativa). La libertad política o de participación en los asuntos públicos (libertad positiva) es sólo instrumento de aquella y sirve para asegurar que el contenido material de la ley responda a la razón de ser de ésta. Debido a esta posición secundaria de la libertad política, la participación del ciudadano en la vida pública no se considera fundamental. Para conseguir el efecto garantista que se persigue basta la actuación de unos representantes, que obrarán por cuenta de la Nación y que no tienen que ser necesariamente elegidos por sufragio universal para ostentar tal condición. En suma, la libertad de los modernos consiste en «hacerse representar» no en participar activamente en los asuntos públicos⁵⁰.

En esta medida, despojado de cualquier atadura o condicionamiento, el ser humano sólo será plenamente libre cuando es dueño de su destino, esto es, cuando no dependa de ninguna voluntad ajena, y ello significa, en relación con los demás, que es libre porque todos son iguales y que es igual porque todos son libres. Esta es una de las diferencias importantes que separarán al liberalismo y la democracia y que provocan un modo diferente de ejercicio de la soberanía⁵¹. Diferencia que se empezará a vislumbrar recién en las postrimerías del siglo XXI, en la etapa de madurez del liberalismo.

El liberalismo no hace abstracción del orden económico y social ni de las libertades implícitas en él; al contrario, considera que son el máximo valor a «conservar». De ahí que la libertad sea libertad «negativa» y que la existencia y la actuación del Estado se justifiquen como garantía de la esfera de independencia «natural» del particular. En este contexto, la igualdad es la igualdad ante la ley, o sea, el criterio de reconocimiento de igualdad no es la comparación con el «otro», sino la ley, pero no el contenido material de la ley (igualdad *en* la ley), sino la posición formal de cada uno ante ella (igualdad en la *aplicación* de la ley). Así, aunque «la máxima libertad de los sujetos depende del silencio de la ley», la intervención estatal, si es legítima, lejos de constituir un instrumento político de igualación, es el medio de reafirmar la libertad

⁴⁹ Bastida Freijedo, Francisco J.: “Elecciones y Estado democrático de Derecho”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 11, núm. 32, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 120-121.

⁵⁰ Bastida Freijedo, Francisco J.: “Elecciones y Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, págs. 120-121.

⁵¹ Bastida Freijedo, Francisco J.: “Elecciones y Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, pág. 122

individual. Su objeto es remover los obstáculos que pongan en peligro el libre juego de la autonomía de la voluntad privada, y ante esa injerencia todos son igualmente tratados, con lo que se asegura que nadie pierda un ápice más que otro en su posición anterior a la intervención y, en cambio, se facilite el que aquellos que estaban en una buena situación la mejoren merced al resultado de la actuación legal. En definitiva, para el liberalismo la igualdad no es consustancial a la libertad, sino a su limitación jurídica, y, en este caso, la igualdad de los individuos es mera equiparación a efectos legales, lo que no es poco en relación al principio de *professio iuris* de la sociedad estamental, pero insuficiente en relación con el principio democrático⁵².

Con lo cual, a esta libertad negativa se opondrá la concepción de la libertad desde el principio democrático. El principio democrático impide afirmar la pre-existencia de un área de autonomía de los particulares y, por tanto, priva de fundamento a la idea de «conservar» algo que en esta hipótesis no existe. En consecuencia, la libertad democrática no se concebirá como libertad negativa. La preocupación que anima a celebrar el contrato social no es garantizar un espacio natural de libertad individual amenazado. Si la libertad consiste en obedecerse a sí mismo, mantener esta condición dentro de la sociedad requiere que cada sujeto tenga la posibilidad de participar por igual en aquel poder capaz de exigir obediencia a sus mandatos, esto es, en el poder público. Para que todos los individuos sigan siendo libres en sociedad es necesario que todos se identifiquen con el poder público y que las decisiones de éste sean adoptadas por «todos los sujetos a él sujetos». Frente a este ejercicio del poder no se puede esgrimir una pretendida inviolabilidad de parcelas de libertad individual, porque la libertad política no se concibe ya como instrumento ni garantía de esta libertad⁵³.

En el Estado moderno, frente a lo que sostenían las viejas concepciones liberales, típicamente procedimentales o agregativas, también encontramos a los teóricos de la concepción deliberativa, que dicen que el valor de la democracia no depende tanto de su capacidad para poner en marcha el más amplio proceso de intercambio de razones. El único método para la solución pacífica y razonada de los conflictos pasa por la revisión de las preferencias, los intereses y las opiniones. La

⁵² Bastida Freijedo, Francisco J.: “Elecciones y Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, págs. 122-123.

⁵³ Bastida Freijedo, Francisco J.: “Elecciones y Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, pág. 123.

deliberación es un proceso de intercambio de razones en el que cada ciudadano ha de asumir responsabilidad frente a las razones propias y ajenas⁵⁴.

En este contexto, hay que tener en cuenta la diferenciación que se da, en el Estado liberal y en Estado social, el principio deliberativo, en relación a la labor del Parlamento y el Gobierno. “En el Estado liberal, la ley era la más alta expresión de la soberanía; el sacerdocio legislativo eclipsaba la necesidad gubernativa. La guerra, las crisis, las huelgas, han asestado a esa jerarquía una serie de golpes fatales; y han hecho gravitar sobre el Estado una masa de nuevas responsabilidades. Ahora, para dirigir, hay que coordinar, por poco que sea, una infinidad de elecciones independientes, y más aún hacer cálculos y previsiones: el «plan» reemplaza a la «regla». El Parlamento ha sido rebasado por el volumen y el tecnicismo de los asuntos, y es capaz de concebir una acción coherente. A medida que el Estado se apropia la función de mando económico, el traspaso de la iniciativa y de la autoridad del antes poder ejecutivo se hace patente. La ley pierde su permanencia y su generalidad: se orienta a casos particulares y se recarga entonces de disposiciones técnicas, o traza un programa y solo es un medio de gobierno entre tantos otros. La Asamblea se ve afectada doblemente: debe, al menos, compartir el poder legislativo; y la ley desciende del prestigioso rango que antes ocupaba”⁵⁵.

En tal sentido, “el Parlamento ha experimentado los progresos del espíritu democrático. Antes, la gran arteria de la democracia unía al electorado con sus representantes. El gobierno no se dirigía a los ciudadanos ni estos hablaban al gobierno sino mediante la Asamblea interpuesta. Ese monopolio de comunicaciones acabó con la transferencia del poder de dirección y el acceso de nuevas capas sociales a la vida pública. Asentándose la autoridad del poder ejecutivo sobre la popularidad de un hombre. Entorpecida por los obstáculos que la tradición republicana había colocado en su trayectoria, y desviada peligrosamente hacia el mito del hombre providencial, la idea de que el gobierno puede ser tan representativo como la asamblea elegida, ha seguido, subterráneamente, su camino”⁵⁶.

De tal modo, “un gobierno fuerte puede ser democrático y una asamblea elegida puede ser eficaz. El principio deliberativo, según el cual los dirigentes no tienen derecho

⁵⁴ Greppi, Andrea: *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, op. cit., pág. 46.

⁵⁵ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, traducción del francés por Luis Hernández Alfonso, Aguilar, S.A., de Ediciones, Madrid, 1967, pág. 325.

⁵⁶ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, op. cit., pág. 326.

a gobernar sino con el control y el asentimiento de una Asamblea, sigue siendo la piedra de toque de la democracia, que debe invocar, en todos los niveles, incluso el más elevado, la discusión y la protesta⁵⁷.

3.2.3. EL INDIVIDUALISMO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El individualismo en el Estado Constitucional, se ha presentado ya como una tendencia ferviente a defender al individualismo de posesión o como un liberalismo constitucional. En las siguientes líneas se tomará los argumentos de Martín Kriele expuestos en su obra *Introducción a la Teoría del Estado*⁵⁸.

En el Estado Constitucional, a diferencia del Estado liberal, existen personas y no tan solo individuos, se acepta el reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo. El individuo, en este contexto cultural, se convierte en la premisa angular de la existencia del propio Estado, el tratamiento que hace el Estado sobre el individuo lo hace en función de su personalidad jurídica, como sujeto de derechos y obligaciones, reconocidas en disposiciones normativas, más no centra su análisis en el estudio del hombre⁵⁹.

Se puede partir de sostener que el Estado Constitucional, se maneja bajo los presupuestos de la protección y garantía de los derechos fundamentales. El primigenio individualismo, sostenía: «No hay protección de los derechos fundamentales sin constitución, no hay constitución sin derechos fundamentales de los ciudadanos» y «la protección de los derechos subjetivos está condicionada por la forma de Estado». Según nos dirá Kriele, estas premisas no pueden inferirse de las premisas del *possessive individualism*⁶⁰.

De forma contraria, para el individualismo de posesión el Estado constitucional –que constituye el mensaje del derecho natural racionalista desde Locke– es justificado por las relaciones legítimas de producción. El individualismo de posesión conduce en

⁵⁷ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, op. cit., pág. 326.

⁵⁸ Cfr. Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, traducción por Eugenio Bulygin, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 283-314.

⁵⁹ En este sentido, el hombre ya como objeto de estudio o de evaluación no es tarea del Derecho, sino de disciplinas como la Antropología, la Filosofía, la Sociología, la Teología, etc. Lo que al Derecho le interesa es la personalidad jurídica del hombre, y los mecanismos de regulación y control que este crea, así como los ámbitos de protección y de defensa de los derechos del hombre y de los intereses de la sociedad.

⁶⁰ Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, op. cit., pág. 284.

última consecuencia a la idea de la *constitución en el marco de la economía*, mientras que la idea propia del liberalismo constitucional era: *economía en el marco de la constitución*⁶¹.

El problema de legitimidad que plantea el individualismo de posesión puede resumirse del siguiente modo: el individualismo de posesión corrompe la economía de mercado, y la economía de mercado corrompida por el individualismo de posesión corrompe el Estado constitucional. Los métodos de esta corrupción para separar *la economía de mercado orientada hacia el bienestar general, del individualismo de posesión orientado hacia los intereses privados*. Esto es muy importante para la fortificación de la legitimidad del Estado constitucional, porque el liberalismo económico es de por sí un aliado poco estable e inseguro del liberalismo constitucional, y porque esta inestabilidad se torna más fuerte cuando el liberalismo económico es influido y alterado por el individualismo de posesión⁶².

De tal forma, el individualismo de posesión es aquello que Macpherson describió como «*possessive individualism*», el mismo que es tan sólo una *variante* del *individualismo utilitarista*. Consiste, en que todos los intereses del individuo y hasta la libertad personal, son articulados en el lenguaje de la *propiedad*: “El individuo es esencialmente propietario de su propia persona y de sus capacidades, por las cuales nada debe a la sociedad”⁶³.

En el individualismo de posesión el *punto de partida es el individuo*, propietario de su persona, de sus capacidades y de sus posesiones y quien nada le debe a la sociedad. La sociedad es construida a partir del sistema de mercado, donde los individuos persiguen sus intereses particulares y la comunidad política es el instrumento para la protección de las condiciones externas del libre comercio de mercado, en particular para la protección de la propiedad⁶⁴.

La corrupción del Estado Constitucional por el individualismo de posesión consiste en dar un nuevo sentido a los derechos fundamentales, en el sentido de que

⁶¹ Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, op. cit., pág. 286.

⁶² Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, op. cit., pág. 288.

⁶³ Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, op. cit., pág. 283.

⁶⁴ Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, op. cit., pág. 289.

éstos deben proteger la formación del poder económico en lugar de la dignidad humana y deben resultar inconstitucionales las medidas estatales contrarias⁶⁵. La corrupción del Estado constitucional por el individualismo de posesión consiste, también aquí, en dificultar jurídicamente las débiles posibilidades que todavía le quedan al Estado por medio de la reinterpretación de los derechos fundamentales⁶⁶.

Entonces, el *individualismo de posesión* acepta el Estado Constitucional y los derechos humanos porque crea *condiciones favorables para la defensa y el incremento de la propiedad privada* de los medios de producción. La propiedad se convierte en la esencia de los derechos humanos y la base de legitimación del Estado constitucional “¿Para que sirve al ciudadano ganar todas las libertades de este mundo, si pierde su propiedad?”. Para el individualismo de posesión el Estado constitucional *no es un fundamento, sino un instrumento*. Se lo valora positivamente mientras impide el cambio de las relaciones de producción, negativamente, en la medida en que lo posibilita⁶⁷.

Históricamente no cabe dudar de que el individualismo de posesión ha impuesto el Estado Constitucional desde sus comienzos, y que aun hoy asume el papel de defensor de la libertad y de la constitución en la política y en la prensa⁶⁸, pero lo hace en los términos ya expuestos.

De lo cual, se ha de tener en cuenta que el Estado Constitucional cuida de forma especial a la persona, y no tanto al individuo, menos aún el individualismo de posesión, en la medida que la manifestación jurídica del ser humano, la persona, se constituye como la base o fundamento de la organización político-jurídica. La persona es titular de derechos y deberes, y goza de este reconocimiento no solo en función de su condición natural (ser humano), sino también de existir dentro de una comunidad determinada, la cual le reconoce y protege esta personalidad, teniendo como un límite insuperable rebajarla a situaciones inferiores que degraden o disminuyan su personalidad, su dignidad, ya sea en función de una exigencia cultural, geográfica, de sexo, color, ideología, política, condición social o económica, etc. La persona si bien contiene su

⁶⁵ Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, op. cit., pág. 291.

⁶⁶ Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, op. cit., pág. 293.

⁶⁷ Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, op. cit., pág. 313.

⁶⁸ Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, op. cit., pág. 314.

condición de individuo, no se acaba en ella, ostenta un *status* dentro de la comunidad como persona con implicancias jurídicas, como fundamento y base de dicha organización político-social.

3.2.4. INDIVIDUO Y PERSONA

En este sentido, corresponde analizar las diferencias que se presentan entre la persona y el individuo, para luego enfocar a la persona y sus derechos y obligaciones, en el Estado Constitucional, que trata de legitimarse cada vez más en las sociedades contemporáneas.

Se puede apreciar, que el mundo moderno confunde simplemente dos cosas que la sabiduría antigua había distinguido: confunde la *individualidad* y la *personalidad*. Sobre este punto el cristianismo nos dirá: “la *persona* es «una substancia individual completa de naturaleza intelectual y dueña de sus actos», autónoma, son en consecuencia, cada una por sí misma, un mundo superior a todo orden corporal, un mundo espiritual y moral, que, hablando con propiedad, no es una parte de este universo; el nombre de persona está reservado para las substancias que, al escoger su propio fin, son capaces por sí mismas de determinarse. Por lo demás, santo Tomás enseña que el nombre de *persona* significa la cosa más noble y más elevada que hay en toda la naturaleza: *Persona significat id quod est perfectissimum in tota natura*”⁶⁹.

De otro lado, “la denominación de *individuo*, es común al hombre y a la bestia, y a la planta, y al microbio y al átomo. Y mientras que la personalidad reposa en la subsistencia del alma humana, la filosofía tomista nos dice que la individualidad, como tal, está fundada en las exigencias propias de la materia, la cual es el *principio de individuación* porque es principio de división, ya que requiere ocupar una posición y tener una cantidad, de donde lo que está aquí diferirá de lo que está allí. Como individuos, no somos más que un fragmento de materia, una parte de este universo, distinta, sin duda, pero una parte, un punto de esta inmensa red de fuerzas y de influencias, físicas y cósmicas, vegetativas y animales, étnicas, atávicas, hereditarias, económicas e históricas, a cuyas leyes estamos sujetos. Como individuos, estamos sujetos a los astros. Como personas, en cambio, los dominamos”⁷⁰.

⁶⁹ Maritain, Jacques: *Tres reformadores. Lutero-Descartes-Rousseau*, traducción de Ángel Álvarez de Miranda, Ediciones Encuentro, S.A., Madrid, 2006, pág. 25.

⁷⁰ Maritain, Jacques: *Tres reformadores. Lutero-Descartes-Rousseau*, *op. cit.*, pág. 25.

De tal forma, “no ostentando el individuo como tal más que una parte, dependerá por completo del todo social; no existirá más que para la ciudad y se verá cómo el individualismo desemboca con toda naturalidad en el despotismo monárquico de un Hobbes, o en el despotismo democrático de un Rousseau, o en el despotismo del Estado-Providencia y del Estado-Dios de un Hegel”⁷¹. En esta dirección, “como persona, la relación es inversa y la ciudad humana es quien está subordinada a su destino. Además, la personalidad, por cuanto que se realiza en un ser, hace de él un *todo* independiente, no una parte. Así, cada persona individual, considerada como individuo que forma parte de la ciudad, es para la ciudad y tiene el deber de sacrificar su vida por ella. Pero considerada como persona, la ciudad está al servicio de la personalidad, es decir, sirve para el acceso a la vida moral y espiritual y a los bienes divinos en que consiste el fin mismo de la personalidad; y la ciudad no encuentra realmente su bien común más que a través de este orden”⁷².

En el ámbito de los problemas sociales, la diferenciación entre individuo y persona, nos dan las siguientes alternativas. “Por una parte, si el bien común de la ciudad es una cosa harto distinta de la simple reunión de los beneficios privados de cada individuo, también es una cosa diferente del bien de la totalidad considerada aparte; es, por decirlo así, bien *común al todo y a las partes*; y debe, por lo tanto, implicar una redistribución para con éstas, consideradas no ya puramente como partes, sino como cosas y como persona. Por otro lado, si bien la perfección terrestre y temporal del animal racional tiene su campo de realización en la ciudad, que en sí es mejor que el individuo, sin embargo, por su propia esencia, la ciudad está obligada a asegurar a sus miembros las condiciones de una vida moral, de una vida propiamente humana, y a no perseguir el bien temporal, que es su objeto inmediato, más que respetando la subordinación esencial de ese bien al bien espiritual y eterno al que está ordenada toda persona humana”⁷³.

Finalmente, en el orden espiritual “la distinción de la individualidad y de la personalidad, se presenta en la medida que el hombre no será plenamente una *persona*, un *per se operans* sino en la medida en que la vida de la razón y de la libertad domine en él a la de los sentidos y las pasiones; sin esto, será, como el animal, un simple

⁷¹ Maritain, Jacques: *Tres reformadores. Lutero-Descartes-Rousseau, op. cit.*, pág. 26.

⁷² Maritain, Jacques: *Tres reformadores. Lutero-Descartes-Rousseau, op. cit.*, pág. 26.

⁷³ Maritain, Jacques: *Tres reformadores. Lutero-Descartes-Rousseau, op. cit.*, pág. 27.

individuo esclavo de los acontecimientos, de las circunstancias, siempre a remolque de cualquier otra cosa, sin poder pretender ser un todo, así tenemos: *a)* Desarrollar la *individualidad*, es vivir la vida egoísta de las pasiones, constituirse en centro de todo y terminar siendo, al fin, esclavo de mil bienes pasajeros que nos proporcionan una mísera alegría momentánea; *b)* La *personalidad*, por el contrario, crece a medida que el alma, elevándose por encima del mundo sensible, se adhiere más estrechamente mediante la inteligencia y la voluntad a lo que constituye la vida del espíritu”⁷⁴.

De este modo, lo que tenemos en el Estado de Derecho, y de forma particular en el Estado Constitucional, no son tanto individuos, sino personas, a estas personas se les reconoce determinados derechos esenciales y deberes fundamentales, de tal forma, que el aparato institucional del Estado, así como de la colectividad en la cual vive están basados o fundados en estos derechos inalienables, los mismos que sirven no solo como actos de legitimación del ente estatal, sino de convivencia y organización social.

La personalidad jurídica, es en su raíz, un dato natural, la consecuencia es obvia: todo hombre es persona; allí donde hay un ser humano allí hay una persona en sentido jurídico. La personalidad jurídica no es solo la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, sino comporta la titularidad de derecho y deberes naturales. Negar la personalidad jurídica a un ser humano, cualquiera que sea su condición o estado, es una injusticia. El concepto de persona en sentido jurídico está contenido en el concepto ontológico de persona, del que es un corolario. La condición ontológica de persona incluye la subjetividad jurídica, de modo que el concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica. Dicho en otros términos, el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta lo jurídico de la persona o ser humano.⁷⁵

Desde esta perspectiva, el contenido de la personalidad incluye: *a)* un conjunto de derechos naturales, *b)* factores positivos, cuya regulación corresponde a la ley positiva, y *c)* la ley positiva puede regular la personalidad en su conjunto, atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico. Pero está tiene dos límites *i)* ley positiva no puede

⁷⁴ Maritain, Jacques: *Tres reformadores. Lutero-Descartes-Rousseau, op. cit.*, pág. 28.

⁷⁵ Hervada, Javier: *Introducción crítica al derecho natural*, 1ª. edición peruana, Universidad de Piura, Piura, 1999, págs. 142-143.

negar de raíz la personalidad a un ser humano; y, *ii*) la limitación de la personalidad no puede extenderse a los derechos naturales⁷⁶.

3.3. LA SOCIEDAD COMO ORGANIZACIÓN Y CONVIVENCIA DE INDIVIDUOS Y LA *POLIS* DE PERSONAS

3.3.1. LA SOCIEDAD: ENTRE LA AUTORIDAD Y LA LIBERTAD

Como su propio nombre lo indica, sociedad significa multitud de seres. Es inconcebible la sociedad de un individuo consigo mismo. Mas no toda pluralidad basta para constituir sociedad, *p.e* las estrellas en el firmamento. Además, sociedad significa agregación, unión y convivencia, o sea pluralidad de seres que viven unidos, de seres inteligentes y libres, asociados establemente en orden a un fin general o bien común. Podemos definir a la sociedad como la convivencia de varios seres inteligentes y libres, humanos, que juntos cooperan de una manera estable a la consecución de un bien común⁷⁷.

De otro lado, la sociedad tal como la conocemos hoy día modernamente, está vinculada con el surgimiento de las ciudades. En la ciudad, se generan las relaciones sociales y de convivencia de las personas. Sobre el particular, existen diversas teorías que explican el origen de las ciudades, por ende de la comunidad y de la sociedad moderna⁷⁸.

El renacimiento urbano está ligado a diferentes factores y tiene varias aristas de explicación. Algunos autores consideran que este renacimiento es obra casi exclusiva de los comerciantes y artesanos. Al final de un largo período de nomadismo o de decadencia, comerciantes y artesanos habrían llegado a afincarse de una manera espontánea en los lugares mejor situados y considerados la mayoría de las veces como tales en el curso de la historia: la presencia de un castillo, de una abadía, de un mercado, era índice del valor del paraje, sin constituir por sí mismo el elemento determinante de la formación de las ciudades en la Edad Media⁷⁹.

⁷⁶ Hervada, Javier: *Introducción crítica al derecho natural*, *op. cit.*, pág. 146.

⁷⁷ Llovera, José M.: *Tratado de sociología*, Editora Nacional, EDINAL, S. de R. L., México, D.F., 1963, pág. 1.

⁷⁸ Sobre el origen de la ciudad *vid.* Cuvillier, Armand: *Manual de Sociología*, traducción de la 6ª. edición francesa por Alicia Isabel Revello, t. II, 4ª. edición, Editorial "El Ateneo", Buenos Aires, 1970, págs. 232-233.

⁷⁹ Touchard, Jean: *Historia de las ideas políticas*, 5ª. edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1983, pág. 142.

La perspectiva de otros autores es diferente, casi inversa. El establecimiento de la paz sería el objetivo primordial de la formación del vínculo comunal. El juramento comunal, que es la esencia misma de la *commune*, muestra “que se pretendía, sobre todo, acabar con las costumbres de violencia y de brutalidad, con las querellas e injurias entre los ciudadanos, así como con las amenazas de saqueo y asesinato”. La *commune* sería, ante todo, una *institutio pacis*. La seguridad que semejantes oasis ofrecían, habría incitado entonces a los comerciantes y artesanos a congregarse masivamente en el núcleo urbano inicial. Independientemente de que se prefiera la primera explicación, más determinista, o la segunda, más voluntarista, el renacimiento urbano se nutriría luego de sí mismo: la fuerza del ejemplo, el desarrollo económico y comercial, el crecimiento demográfico, aceleraron el movimiento⁸⁰.

En la sociedad se pueden distinguir dos elementos, uno material y otro formal. El elemento material es la multitud de los asociados, el conjunto de miembros que componen la sociedad. El elemento formal es la unidad efectiva de fin, la armonía de pensamiento, la concordia de voluntad, la combinación de acción y coordinación de medios⁸¹.

En tal sentido, hay que tener presente que la sociedad hace viable la vida en común de los seres humanos. Ahora, la vida común no es posible sino por una cierta integración. Los hombres no constituyen una comunidad sino en la medida en que el conjunto de concepciones de vida, de costumbres, de actitudes son comunes a los miembros del grupo⁸².

La sociedad ha presentado diversas características, en el presente caso, ubicándonos en el tiempo que nos encontramos, haremos referencia brevemente a los tipos de sociedad presentes, la sociedad de masas y la sociedad estratificada. Estos tipos de sociedad se han presentado en los últimos siglos y han evidenciado las desigualdades políticas, sociales, económicas y culturales existentes en el Estado.

⁸⁰ Touchard, Jean: *Historia de las ideas políticas*, op. cit., pág. 143.

⁸¹ Llovera, José M.: *Tratado de sociología*, op. cit., pág. 1.

⁸² Leclercq, Jacques: *Introducción a las Ciencias Sociales*, Ediciones Guadarrama, S.L., Madrid, 1961, pág. 212.

En primer término, en lo que respecta a la sociedad de masas, es de resaltar también las características de la sociedad de masas que se han generado en la época actual. La sociedad de masas, se caracteriza por los rasgos siguientes⁸³:

1° Un *gran número* de individuos participan en el gobierno de las colectividades humanas. Se espera así que el ciudadano tenga, en todos los terrenos, el derecho de participar en la dirección de los asuntos que, directa o indirectamente, le conciernen.

2° Tal participación es cada vez más formal y *consciente*: da lugar a contacto, discusión, negociación, y no solo a aquiescencia.

3° Es, al mismo tiempo, mucho más *especializada*, mucho más complicada. No se trata ya de la opinión del «notable», que pese en la pequeña comunidad, sea cual fuere el asunto en cuestión, sino de múltiples ámbitos de acción en los que la diferenciación de los papeles sociales permite al individuo hacer sentir su influencia.

4° La actividad y los intercambios sociales aumentan incesantemente; y, en consecuencia, también el número de ámbitos sometidos a la coacción de la sociedad.

5° Si la coacción se ha aumentado con «socialización», se ha hecho, a la par, indirecta. Supone una participación considerable de los individuos.

6° Lo mismo que la coacción, la participación del ciudadano moderno es, a la vez, más considerable y más lejana. Esa conciencia que de sí misma tiene la sociedad, esa responsabilidad, van acompañadas de una centralización de las decisiones, desconocida hasta ahora. A medida que se hace más eficaz, más pertinente, el poder se aleja del ciudadano. Eso no significa que el ciudadano se vea inerme, sino todo lo contrario; por todos los caminos de participación de que dispone, asume y conserva el poder y, en gran parte, determina los ámbitos en que se puede operar.

La persona en la sociedad moderna busca oponerse a una tecnocracia que interesa al ciudadano únicamente en cuanto constituye una resistencia: tomar la defensa de un ciudadano impotente por completo ante las monstruosas potencias de la técnica y de la burocracia. Y el desarrollo de las grandes organizaciones, de los mecanismos burocráticos, la aparición de medios nuevos de presión y de manipulación y la amenaza

⁸³ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, op. cit., págs. 171-173.

de un acondicionamiento psicológico, da fácilmente, en verdad, la impresión de que el ciudadano moderno es aplastado por fuerzas inhumanas⁸⁴.

Pero tal apariencia no es más que un espejismo, dado que si hoy se ha elaborado todo un aparato burocrático y distintas formas de socialización, y parece una sociedad muy compleja por los distintos estratos sociales que se presentan, la máxima de vida común y de relación bajo el paradigma de la democracia en las sociedades occidentales y de influencia occidental son el elemento común, así como el principio de socialización del ser humano, o de ser el ser que vive en sociedad y es en ella donde despliega su esencia, se mantiene⁸⁵.

Desde otra perspectiva, en la sociedad estratificada se puede encontrar las siguientes caracterizaciones: *a)* las sociedades igualitarias: no contienen grupos sociales con mayor o menor acceso a los recursos económicos el poder o el prestigio; *b)* las sociedades de rangos hay un acceso desigual al prestigio, aunque no existe desigualdad, *a priori*, en el acceso a los recursos económicos; *c)* las sociedades de clase donde el acceso a los recursos económicos, poder y prestigio es desigual⁸⁶.

En el primero de los casos la diferencia natural entre los individuos con respecto a sus características biológicas y roles sociales –el sexo, fuerza, agilidad, parentesco, etc.– no tienen porque implicar desnivel social⁸⁷. Sin embargo, en las sociedades de rango y de clase la desigualdad sí produce desnivel, diferencia, al institucionalizarse capas sociales, ordenadas jerárquicamente, que determina quién consigue qué y por qué. La adscripción hereditaria de rango social o el logro personal son justificadas por ideologías o creencias religiosas –generalmente una deidad quiere que las cosas sean así–, para diferenciar el acceso de los individuos o grupos a los bienes y servicios⁸⁸. Argumentos que cuando son utilizados en la desigualdad natural anunciada en el primero de los casos, genera un desnivel, lo que justifica las diferencias de género, de origen, de etnia, etc.

⁸⁴ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, *op. cit.*, pág. 163.

⁸⁵ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, *op. cit.*, págs. 163 y ss.

⁸⁶ Educasociatic: "Porqué la sociedad está estratificada", miércoles, 3 de septiembre de 2008, en <<http://educasociatic.blogspot.com/2008/09/porqu-la-sociedad-est-estratificada.html>>, visitada el día 15 de abril de 2013.

⁸⁷ Educasociatic: "Porqué la sociedad está estratificada", *op. cit.*, visitada el día 15 de abril de 2013.

⁸⁸ Educasociatic: "Porqué la sociedad está estratificada", *op. cit.*, visitada el día 15 de abril de 2013.

De este modo, para que exista estratificación generadora de desigualdad social parece verosímil que se den las siguientes condiciones⁸⁹:

i. Los grupos han de ser numerosos y con cierta complejidad social. En grupos pequeños estables, como las tribus de cazadores-recolectores, las únicas divisiones permanentes son las dictadas por el sexo, la edad y el parentesco.

ii. Los grupos han de tener un cierto superávit de bienes y servicios, de forma que lo producido por encima del nivel de subsistencia tiende a ser distribuido de forma desigual entre individuos y grupos que se apoyan en su superioridad, ideológica o religiosa.

iii. Los grupos privilegiados han de gozar de poder, de la facultad de controlar a los otros por la fuerza, la coacción, manipulación, etc.

iv. Ese poder tiene que ser institucionalizado y permanente mediante criterios duraderos, como la posesión de los bienes materiales o el control de los inmateriales por medios de ritos.

De otro lado, con el desarrollo de la tecnología, la sociedad ha sufrido algunos cambios, siendo el impacto de las nuevas tecnología sobre las formas de organización social total: sobre lo cultural, laboral, educativo, etc. Cuando pensábamos que en los países occidentales el analfabetismo había dejado de ser un problema, surge la necesidad de alfabetización digital. Cuando se pensaba que la comunicación escrita se había quedado obsoleta, surge con fuerza el correo electrónico, cuando se pensaba que las relaciones sociales eran incapaces de vencer al individualismo social, surgen los chat como espacios de encuentro interpersonal. Y, sirvan estas realidades para situarnos ante un nuevo modelo de sociedad basado en las tecnologías de la información, la sociedad del conocimiento⁹⁰, y sobre la cual se tiene dar o aportar las soluciones.

Ya sea nos encontremos en una sociedad de masa, de una estratificada o en ambas, es importante tener presente los principios sociales expuestos por Juan de Meun. Estos principios son los siguientes: 1) las riquezas no existen para ser poseídas, sino para ser puestas en circulación; 2) los príncipes y los reyes, al igual que los jueces, (gobierno) no son más que servidores del pueblo. En efecto, ni las riquezas ni los gobiernos son de derecho divino. Sólo la perversidad de los hombres los ha hecho

⁸⁹ Educasociatic: "Porqué la sociedad está estratificada", *op. cit.*, visitada el día 15 de abril de 2013.

⁹⁰ Educasociatic: "Porqué la sociedad está estratificada", *op. cit.*, visitada el día 15 de abril de 2013.

posibles o necesarios, y no existen sino para asegurar la subsistencia material de los hombres o para impedir que éstos se destruyan entre sí. De aquí deriva que la aptitud para el gobierno, la nobleza, no es función de la riqueza (ni a *priori* del nacimiento): “Los verdaderos títulos de nobleza del hombre son la inteligencia, la libertad, las cualidades personales de virtud, de trabajo, de cultura”⁹¹. Principios que han de servir de guías para la sociedad actual.

De tal forma, podemos sostener, al contrario de Spencer, quien sostuvo que el individuo es fundamental y el grupo la suma total de sus miembros, y al contrario de Gumplowicz y de Durkheim, que daban al grupo la primacía sobre los individuos, coincidimos con Cooley, quien sostiene que ni el individuo ni el grupo tienen la primacía, y que hay un proceso interactivo de influencia mutua entre el grupo y el individuo⁹². En este contexto, es de vital importancia para los fines del presente trabajo delimitar las relaciones y los límites existentes entre persona y comunidad, que puede ser expresado también en términos de libertad y autoridad o autonomía y poder.

3.3.2. DIMENSIÓN PÚBLICA Y DIMENSIÓN PRIVADA

En el contexto actual, la esfera pública y la privada no tienen fronteras bien definidas. La clasificación entre lo público y lo privado no puede ser establecida de forma tajante, y al margen de la situación que se analiza. Si bien, cada una de ellas tiene su propio concepto y características⁹³, al momento de definir el interés o dimensión

⁹¹ Touchard, Jean: *Historia de las ideas políticas*, op. cit., pág. 149.

⁹² Timasheff, Nicholas S.: *La teoría sociológica. Su naturaleza y desarrollo*, traducción de Florentino M. Torner, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.-Buenos Aires, 1961, pág. 187.

⁹³ Privado.- Del latín *privatus*. Así se denomina cuanto es particular, personal y atribuido o atribuible a una persona, ya sea natural o jurídica. *Privado (Derecho)*: en el campo de la filosofía del Derecho ha prevalecido la clasificación romana de Derecho privado y público, entendiendo por el primero aquel que regula las relaciones establecidas por el interés individual de las personas. Los romanos lo definían: *quod ad singulorum utilitatem spectat*, diferenciándolo así del Derecho público, que definían diciendo: *ad statum rei Romanae spectat*. También se denomina «privado» al favorito de un rey o gobernante. Público.- Del latín *publicus*. Inicialmente vale tanto como manifiesto, notorio, patente, común, vulgar, conocido de todos. En las ciencias jurídicas se opone a privado, y se aplica también a la potestad, autoridad y jurisdicción. Califica cuanto pertenece a un pueblo o Municipio. También se denomina público el conjunto de personas congregadas para presenciar un espectáculo, una asamblea o un juicio. *Público (Derecho)*: la división bipartita que se hace del derecho objetivo, establece la distinción entre lo público y lo privado. Derecho público, según esta clasificación, es el que tiene sujeto el Estado como órgano propio del derecho. Pero el Estado puede ser considerado como una entidad, como un ser jurídico en sí mismo y también en relación con los demás Estados. En el primer caso, el derecho público puede ser interno, y en el segundo, externo o internacional, como comúnmente es denominado, y corresponde a su contenido al derecho de gentes romano (*jus gentium*). A su vez, el derecho internacional o público, siguiendo el criterio de numerosos tratadistas, puede dividirse en derecho internacional público y privado. Si bien este

pública de una situación concreta se puede carecer una única respuesta, o en todo caso, de una única perspectiva. Ya que, desde la posición desde la cual se enfoque, será pública, si es vista desde los intereses o desde la perspectiva de la comunidad (Estado), y será privada, si es analizada desde el interés o dimensión individual.

En el caso por ejemplo de la expropiación, esta dimensión público-privado no es tan clara. Para unos será justificado y se actuará en base al interés público o bienestar común (social), en cambio para la persona afectada o expropiada, el propietario, simplemente se le estará privando un derecho, de un interés particular e individual, de una posesión.

Establecer límites claros de la dimensión pública y privada no es una tarea fácil, en la medida que ambos campos se encontrarán participando conjuntamente, y esto se va a dar así, porque justamente el individuo vive con sus semejantes, en una comunidad o colectividad. Un hecho tendrá una repercusión pública y privada. Y la confluencia de lo público y lo privado en una misma situación se da por la interacción del individuo en la sociedad, y la sociedad sobre el individuo.

Lo individual se hace y ha hecho lo social, y lo social está conformado y viabiliza lo individual. De ahí que, el interés individual no sólo resulte de importancia o de trascendencia para la persona en particular, sino también –el interés individual– es relevante para la sociedad en su conjunto o totalmente⁹⁴. De otro lado, el interés social será respetado (legítimo) en la medida que respete a sus integrantes, en sus derechos o atribuciones personales, sin sacrificarlos o prescindiendo de ellos.

El individuo se desarrolla dentro de lo social, y lo social está conformado por individuos, lo social será mantenido mientras garantice el respeto o cuide de sus individuos. Lo individual y lo social conforman un todo unitario: *a)* se constituyen en el parámetro de validez del otro, en términos jurídicos; y, *b)* lo uno es la justificación o explicación del otro, en términos naturales.

Individuo y sociedad no pueden ser separados tajantemente, lo que hace que la frontera que separa lo individual y lo social sea muy tenue. Pero si, por el contrario, se procede a separarlos, si adoptamos la postura de que lo individual existe al margen y

segundo constituye una rama del primero. *Vid.* Calleja, Hernando: “Diccionario Económico-social”, DUX, Ediciones y Publicaciones, S.A., Barcelona, s.f., págs. 350 y 358, respectivamente.

⁹⁴ Piénsese en las repercusiones que tiene la satisfacción de un derecho privativo o el logro de interés para el grupo al cual pertenece (familia, asociación, grupo social, etc.) o para la comunidad o el Estado el descubrimiento de una nueva tecnología.

autónomamente de lo social, y lo social al margen de lo individual, aparentemente la frontera será clara, pero al momento de definir y otorgar una protección, ya sea por ejemplo proteger un interés individual, lo que haremos, y lo que se ha hecho⁹⁵, será resolver o dar una solución prescindiendo de todo factor o elemento social, las consecuencias que se deriven para la comunidad, sobreponiendo y sobredimensionando el interés individual sobre lo colectivo, conllevará a una privatización de la sociedad y a su socavamiento bajo intereses particulares, existiendo una predominio de un grupo o sector plutocrático en la comunidad, la misma que traerá consecuencias dañinas y efectos nocivos a los grupos sociales no beneficiados⁹⁶, o la prohibición de la intervención de la sociedad (Estado) en la protección de los derechos individuales⁹⁷, haciéndolos prácticamente irrealizables.

Por otro lado, si en vez de privilegiar el interés individual sobre el social, apostamos por este último, lo que se hace prácticamente es aniquilar al individuo y adoptar un régimen totalitario o dictatorial, que por cierto son regímenes ajenos a cualquier sociedad libre, democrática, multicultural e igualitaria⁹⁸. La visión tajante y separada de lo individual y lo social, necesariamente nos lleva a extremos dañinos, cada

⁹⁵ Ejemplos de individualismos extremos encontramos en los regímenes totalitarios o extremistas de derecha o izquierda, fundamentalistas, etc., como el régimen fascista, el nazismo, las dictaduras militares, los grupos paramilitares, etc.

⁹⁶ Piénsese en el capitalismo primigenio o en la industrialización de la economía, y las consecuencias que padecieron las mujeres, los niños y los ancianos, y los que no podían “vender” su fuerza de trabajo, se encontraban destinados al pauperismo, a los peligros sociales, y, consecuentemente, a la muerte.

⁹⁷ Caracterizado por el Estado Liberal, al respecto *vid.* Fayt, Carlos S.: *El Estado liberal moderno*, Editorial Plus Ultra, vol. VII, Buenos Aires, 1973, 323 págs.

⁹⁸ En un Estado totalitario moderno, el déspota trata de relacionar su poder con alguna aspiración o ideal más elevado, al que afirma servir. Puede ser totalmente sincero en su creencia de que el ejercicio de su poder ilimitado está desprovisto de todo elemento personal y de que busca sólo un objetivo impersonal. En la Rusia Soviética se ha ejercido desde la Revolución de 1917 un poder despótico en interés de las masas trabajadoras y para promover la revolución proletaria. En los Estados fascistas se ejerce un poder extremado en interés de la gloria y el engrandecimiento de la nación. En un Estado totalitario moderno muchos actos de naturaleza puramente caprichosa y arbitraria se justifica y sancionan en nombre de un propósito sagrado. Otro hecho que convierte a los Estados totalitarios modernos en estructuras de poder arbitrario es la posibilidad ilimitada de modificar las leyes. El poder del gobierno de internar a cualquier ciudadano en un campo de concentración sin expresar ningún motivo, puede ejercerse de modo puramente arbitrario y caprichoso. De tal forma, la conducta de los dominadores no se conforma a las normas generales, porque esas normas no obligan a sus autores y la obediencia estricta a una disposición general, promulgada ayer, puede –hoy y mañana– provocar la cólera y la venganza de los dominadores. *Vid.* Bodenheimer, Edgar: *Teoría del Derecho*, traducción de Vicente Herrero, 12ª. reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1990, págs. 22-25. Para una visión comparada de las dictaduras totalitarias y autoritarias, *vid.*, Lee, Stephen J.: *The european dictatorships 1918-1945*, reimpresión, Routledge, London, 1996, págs. 299-317.

uno en su «bando» a la postre genera dificultades de desarrollo, ya sea en su dimensión individual o ya en su dimensión colectiva, degenerando tanto al individuo como al cuerpo social.

Por ello, postulamos una visión integral de lo social - individual. Uno sin el otro no se perfecciona o desarrolla, permiten un mejor funcionamiento y protección, de tal modo que lo social permite al individuo realizar las dimensiones de su personalidad para su integral desarrollo. El individuo con otros individuos conforman lo social y le dan su contenido, su propia existencia y forman su voluntad (Estado). De este modo, no se obvia y prescinde de la naturaleza social del individuo y de la naturaleza individual de la sociedad, el individuo sin la sociedad no existe, y recíprocamente, la sociedad sin individuo tampoco funciona.

Para el individuo la sociedad, y en mayor medida la democracia, tiene dos sentidos profundos, por un lado, *a*) es reivindicación, exigencia de *participación* en la dirección de los asuntos del grupo humano del que forma parte; por otro lado, *b*) es la posibilidad de *resistencia*, derecho de oposición a la autoridad arbitraria del Estado y de los poderosos. En realidad, se trata de algo mucho más profundo: la reivindicación de independencia frente al mismo grupo del que se forma parte. No hay sociedad posible sin coacción; pero no hay sociedad democrática posible sin una limitación legal y consuetudinaria de esa coacción. Por considerable que sea una mayoría, no puede coaccionar a los oponentes más allá de cierto límite. Debe respetar determinados principios, que constituyen para ese grupo humano los fundamentos mismos de la vida en sociedad⁹⁹.

3.3.3. LOS LÍMITES DE LA AUTORIDAD Y LA LIBERTAD DEL INDIVIDUO: “SOBRE LA IDEA DE LIBERTAD EN ESTUART MILL”

La libertad es para Stuart Mill un bien en sí mismo, independiente del principio de la mayor felicidad, y un bien no sólo individual, sino también social. Así, la libertad, comienza con un himno al individuo, con una denuncia de los sistemas que instauran el despotismo de la sociedad o la tiranía de la mayoría. Stuart Mill pasa, poco a poco, del

⁹⁹ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, op. cit., pág. 168.

culto del individuo al culto de las individualidades y al cultivo de las *élites*, afirmando, “[a] la larga, el valor de un Estado es el valor de los individuos que lo componen”¹⁰⁰.

Mill describe las tres fases de evolución que ha sufrido el concepto de libertad. *a)* En la antigüedad, hablar de libertad suponía defender a los individuos frente a la tiranía de los gobernantes; posteriormente, *b)* libertad era sinónimo de igualdad de derechos, según el principio de la democracia; y, en la tercera fase, al llegar la democracia al poder, *c)* la libertad pasa a consistir en el respeto a la discrepancia y a la limitación de los poderes del gobierno y de la sociedad civil sobre el individuo¹⁰¹.

Puesto que la democracia supone el triunfo de la mayoría, existe el riesgo de que “el pueblo puede desear oprimir una parte de sí mismo”¹⁰²; es decir, las mayorías pueden llegar a agobiar a las minorías que piensan de un modo diferente. El enfoque dado por Stuart Mill resulta innovador, porque trata de un problema que en el siglo XIX inicia a manifestarse y que aún no ha sido resuelto en nuestros días.

Por otro lado, sostiene que la libertad humana comprende: en *primer lugar*, el dominio entero de la conciencia, que exige la libertad de pensamiento, de sentimiento, de expresión y de publicación; en *segundo lugar*, exige libertad de nuestros gustos y libertad para trazar nuestros propios fines, esto es, la libertad de acción, y en *tercer lugar*, exige la libertad de asociación y de reunión¹⁰³. En este sentido afirma: “No es libre ninguna sociedad, cualquiera que sea su forma de gobierno, en la cual estas libertades no estén respetadas en su totalidad, y ninguna es libre por completo si no están en ella absoluta y plenamente garantizadas. La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro propio camino, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo”¹⁰⁴.

Una de las principales finalidades de Stuart Mill en el campo de la libertad individual, es la defensa del individuo frente a las presiones sociales, considera que las costumbres usurpan la verdadera naturaleza humana. Su argumentación también va dirigida contra la unanimidad de opiniones y recomienda la más completa y libre comparación de opiniones opuestas. Se pronuncia porque existan “diferentes opiniones,

¹⁰⁰ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad*, Sarpe, Madrid, 1984, pág. 169.

¹⁰¹ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad*, *op. cit.*, págs. 27-29.

¹⁰² Mill, John Stuart: *Sobre la libertad*, *op. cit.*, pág. 31.

¹⁰³ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad*, *op. cit.*, págs. 40-41.

¹⁰⁴ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad*, *op. cit.*, pág. 41.

que existan diferentes maneras de vivir; y que se deje el campo libre a los diferentes caracteres, con tal de que no se perjudiquen a los demás”¹⁰⁵.

Por otro lado, Stuart Mill preconiza en su obra *La Libertad*¹⁰⁶ “la mayor dispersión del poder compatible con la eficacia”¹⁰⁷. Precisa estas ideas en su obra las *Consideraciones sobre el Gobierno representativo*, donde distingue dos funciones: a) una función de control que corresponde al Parlamento; y, b) la función legislativa. Esta última función no le corresponde al Parlamento y que debe ser atribuida a una Comisión legislativa. En su *Autobiografía* se muestra obsesionado por la preocupación de proponer economías y de reducir el coste de las elecciones¹⁰⁸.

3.4. LOS LÍMITES A LA AUTORIDAD DE LA SOCIEDAD Y LOS DERECHOS DEL INDIVIDUO

La sociedad humana es un orden espontáneo respecto al cual la observancia a las reglas generales, es sólo la institución adecuada para garantizar la permanencia de esa espontaneidad¹⁰⁹, nos dirá Stuart Mill. Sostiene que el individuo es libre por naturaleza y que los derechos sólo existen para asegurar esa libertad. Como se puede apreciar los supuestos filosóficos de la corriente utilitarista subyacen en el pensamiento de Mill, quien, sin embargo, se separa de esta doctrina en algunos aspectos, como por ejemplo, en su concepción del hombre. Mill, concibe al hombre como un ser libre, como un ser capaz de elegir, que se caracteriza por buscar fines, y no únicamente medios¹¹⁰, fines que cada hombre persigue de diferente manera.

El propósito de Mill cuando postula la existencia de una sociedad abierta y tolerante, responde a la creencia de que mientras más ricas sean las vidas de los hombres y cuanto más amplio sea su campo de acción, mayores serán las oportunidades

¹⁰⁵ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 94.

¹⁰⁶ Cfr. Mill, John Stuart: *Sobre la libertad*, Sarpe, Madrid, 1984.

¹⁰⁷ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 168.

¹⁰⁸ Touchard, Jean: *Historia de las ideas políticas, op. cit.*, pág. 410.

¹⁰⁹ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 121.

¹¹⁰ Así tenemos “Mill, decididamente individualista, defensor de la igualdad, profesó un utilitarismo de inspiración benthamiana, aunque supera la moral como cálculo de los placeres, considerando no solamente el grado de cantidad de éstos, sino también su calidad. Por otra parte, para Mill es propio del hombre no sólo su tendencia individual, sino también una altruista y de utilidad social. Tendencias que, si no constituyen fines originarios de la actividad humana y son tan sólo medios para la consecución de los fines egoístas, terminan convirtiéndose, a través de un proceso lógico asociacionistas, en fines en sí mismos”. Vid. Fassó, Guido: *Historia de la filosofía del Derecho. Siglos XIX y XX*, vol. 3, traducción y apéndice final de José F. Lorca Navarrete, 3ª. edición, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1983, págs. 40-41.

y posibilidades que el hombre tenga de proyectar su propio carácter hacia cosas nuevas. En este sentido piensa: “La naturaleza humana no es una máquina que se construye según un modelo y dispuesta a hacer exactamente el trabajo que le sea prescrito, sino un árbol que necesita crecer y desarrollarse por todos lados, según las tendencias de sus fuerzas interiores que hacen de él una cosa viva”¹¹¹.

Considera que el individuo no tiene porqué dar cuenta a la sociedad de sus actos mientras éstos no afecten a nadie más que a sí mismo. Es lo que a veces se llama «principio del daño»: la sociedad sólo puede limitar la libertad de una persona si ésta amenaza con hacer daño a otra, pero nadie debe ser defendido contra sí mismo. En tal sentido desde el momento en que “la conducta de una persona afecta perjudicialmente a los intereses de otras, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al bienestar general. Pero no hay lugar para plantear esta cuestión cuando la conducta de una persona, o no afecta, en absoluto, a los intereses de ninguna otra, o no los afecta necesariamente y sí sólo por su propio gusto (tratándose de personas mayores de edad y con el discernimiento ordinario). En tales casos, existe perfecta libertad, legal y social, para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias”¹¹².

Para Mill, la libertad consiste básicamente en una rigurosa limitación del derecho a coaccionar. “Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás”¹¹³. Entonces, “[l]a única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano”¹¹⁴.

Podemos, encontrar en Mill, que en nombre de la libertad individual del hombre, hace la defensa de las libertades civiles, de los derechos individuales y la reivindicación del individuo frente al Estado, y el peso de la autoridad, pero sobre todo, frente a la

¹¹¹ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 98.

¹¹² Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 120.

¹¹³ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 37.

¹¹⁴ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 38.

costumbre y la opinión pública. Le interesa dar cuenta del problema relativo a la naturaleza y los límites del poder que ejerce legítimamente la sociedad sobre el individuo, sin embargo, piensa que este problema tan importante ha sido relegado y poco examinado. Considera que el límite entre la intervención social y la independencia individual es un asunto en el que nada está terminado, sino al contrario todo está por realizarse. Sin embargo, a pesar de los intentos de Mill por separar el dominio público del privado, los límites entre ambos parecen difíciles de delimitar. En opinión de Mill, existe una pugna entre los gobernantes y gobernados que siempre se ha mantenido¹¹⁵.

Afirma que cuando se llega a la posición liberal, los problemas aparentemente se resuelven porque se supone que el gobierno civil ya no iría contra los intereses de los individuos, sino que los encarnaría, pero creer esto, sin embargo, puede conducirnos a un error, porque voluntad del pueblo sólo significa voluntad de la porción más numerosa o más activa, y ésta puede llegar a ser opresiva¹¹⁶. Por esta razón, va entonces a prevenirnos contra el riesgo de pensar que un Estado liberal ya no necesita restricciones, ya que su campo (la mayoría) es el aplastante campo de la opinión¹¹⁷. Mill separa la esfera del individuo de la del Gobierno, manifiesta que el Estado no puede interferir en la esfera individual, en tanto respete la libertad de cada uno en lo que especialmente le concierne. En el caso concreto de acciones que afecten a terceros, piensa que el Estado debe actuar, pero solamente para proteger a los individuos¹¹⁸.

Así, la única función de la ley será prevenir los conflictos que surgieran cuando se rebasa el mínimo de libertad a la que todos los individuos tenían derecho, incluso si fuera necesario por la fuerza, para impedir que se privara a algún individuo de su libertad y que el Estado se reduciría a hacer las funciones de un vigilante o guardián.

En resumidas cuentas, afirma que a la individualidad debe corresponder a la parte de la vida en la que el individuo es el principal actor, y la sociedad la parte de la vida en la que ella misma esté interesada¹¹⁹. Por otra parte, considera que todo aquel individuo que recibe la protección de la sociedad, debe una compensación por este beneficio. El vivir en sociedad implica observar ciertas reglas y compromisos, como: no perjudicar los intereses del otro y participar equitativamente en los trabajos necesarios

¹¹⁵ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, págs. 27 y ss.

¹¹⁶ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 31.

¹¹⁷ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 130.

¹¹⁸ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 156.

¹¹⁹ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 94.

para defender del daño a otros. Sostiene que si las acciones de un individuo son perjudiciales a otro, o a sí mismo, pero sin llegar a la afectación de los intereses del otro(s), entonces el ofensor puede ser justamente castigado por la ley, pero no por la ley. En cambio, si el acto de un individuo perjudica los intereses de otro, entonces la sociedad tiene jurisdicción sobre él. Entonces, sostiene que si la conducta de una persona no afecta en lo absoluto los intereses de otra, entonces, como se indicó líneas arriba, «existe perfecta libertad legal y social, para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias»¹²⁰.

Resulta clara la siguiente afirmación de Mill: “La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto que no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo. Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consistiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás”¹²¹.

Por tanto, ni el Estado ni la sociedad civil tienen el derecho de imponer por la fuerza de la ley o de la moral sus gustos o sus opiniones a aquéllos que no las comparten, en tanto que éstos no estén perjudicando a nadie con su diferencia. Incluso si alguien decide autodestruirse, la sociedad no debería tener facultad alguna para impedirlo. El único remedio que propone Stuart Mill para combatir las tendencias autodestructivas del individuo es la educación desde la infancia.

Por otro lado, sólo acepta la coacción del Estado sobre el individuo para obligarlo a no perjudicar a los demás, a ser social. E incluso en este supuesto quiere que se le persuada, sin causarle perjuicio. Y aunque distingue entre hombres mayores y jóvenes o niños, hay que reconocer que no todos los adultos poseen la responsabilidad suficiente para que se institucionalicen las sociedades que John Stuart Mill desea. Por eso admite el despotismo como forma de gobierno de los pueblos bárbaros, siempre que la labor de gobierno tienda a civilizarlos.

En Mill, la sociedad, por el hecho de vivir en ella, podrá intervenir en la esfera del individuo, que no es otra cosa que en los derechos que se le ha reconocido a éste, cuando afecte perjudicialmente los intereses de los demás. Asimismo, nuestro obrar

¹²⁰ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 120.

¹²¹ Mill, John Stuart: *Sobre la libertad, op. cit.*, pág. 41.

estará permitido hasta la individualidad del otro, así la sociedad como protectora de todos los miembros, debe resarcirse con él, concretamente con la restricción de determinados derechos como la propia libertad, la propiedad, etc., infligiéndole una pena con deliberado propósito de castigo y cuidando de que sea suficientemente severo; entendiendo y aplicado hoy esta premisa, en el ámbito de la política criminal y penitenciaria, como una pena proporcional al daño sufrido y a la resocialización del condenado.

En el Estado actual, el individuo se presenta como un “súbdito de un Estado nacional, y a título de ello, gobernante o gobernado, beneficiario o víctima de la desigualdad, justificador o censurador de la autoridad: eso soy como ciudadano. Pero, en el conjunto de las relaciones que forman la estructura de los mundos ético, económico, religioso y estético, empresario o empleado, obrero o patrono, deudor o acreedor, fiel o incrédulo, creador o espectador: eso soy *en privado* y eso es lo que me distingue de los demás. La escisión que introducimos en nosotros mismos entre el ciudadano y el simple particular proviene de que, como ciudadano, nos metemos en una problemática de *lógica firmemente estructurada*, cuya limitación suspende toda cuestión que le es extraña; mientras que, como simple particular, nos permitimos algunas *libertades con las exigencias lógicas* del planteamiento, en forma problemática, de la totalidad de las cuestiones: con mayor buena fe, respondemos algunas, silenciamos otras y apenas nos preocupamos que sean compatibles entre sí”¹²².

Del mismo modo, “la discriminación *político-privado* es la premisa fundamental de todo análisis de las relaciones entre el ciudadano y el Estado. El interés político es limitado, así como son limitados los intereses de la vida privada. Pero no existe transición ni paso gradual de estos a aquel, porque la política supone una suspensión de los intereses privados, como la vida privada supone una suspensión del interés político; y, mientras que la limitación política es una suspensión conducente al rigor lógico de una problemática, la limitación característica del interés privado es una suspensión del rigor en el acomodamiento de la totalidad de las preferencias y de las elecciones. Finalmente: entre la vida política y la vida privada no hay jerarquía de valor, ya que, en los dos casos, la visión de las cosas está limitada y «relativizada» por la posibilidad – siempre abierta– de realizar un esfuerzo para conseguir una visión global. Pero, por esa

¹²² Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, op. cit., pág. 189.

discriminación fundamental entre lo político y lo privado, hay un derecho bien y firmemente fundado: la capacidad de crítica y de justificación que, en el orden de la reflexión, garantiza el ejercicio de la libertad”¹²³.

Asimismo, se presenta una diferencia entre los intereses particulares y los intereses generales. Así, para varias generaciones de buenos republicanos el Parlamento era el depositario de la «voluntad general», mientras que el gobierno solo expresaba una «voluntad particular». Hoy en cambio los términos; las democracias descubren con inquietud que el Parlamento sirve de foro a los intereses particulares y que solo el gobierno es bastante homogéneo para formular, de una manera coherente, las exigencias del bien común. Es evidente que los «grupos de presión» actúan también sobre la administración; pero no lo es menos que las asambleas elegidas son su campo favorito de maniobra. Si el Parlamento sufre la influencia de los grupos de presión, también permite a los intereses no organizados alzar su voz. En un régimen de tipo tecnocrático o corporativista ¿Quién se ocupará, por ejemplo, de las necesidades de los ancianos o de los enfermos? Una representación elegida mediante el sufragio universal, compensa, en parte, la inferioridad de los «políticamente débiles» en una sociedad que no es bondadosa con los aislados¹²⁴.

Y si «el interés general» no es la suma de los intereses particulares, tampoco es un producto de laboratorio: las peticiones de las diversas categorías exigen ser confrontadas y discutidas bajo el control de la opinión pública. En las democracias que han sabido conciliar la fuerza del poder Ejecutivo con los derechos del Parlamento, la confrontación pública de los planes del gobierno y las peticiones de los grupos es a la vez, factor de educación y de participación¹²⁵.

Entonces, se puede sostener, el problema esencial de la sociedad democrática consiste en hacer que se acepte y se limite, a la vez, la coacción del grupo sobre el individuo. En la medida en que cada individuo sea capaz de aceptar directamente la autoridad de sus iguales sobre él y, al mismo tiempo, capaz también de refrenar su autoridad personal de miembro del grupo, puede haber efectiva participación de todos e

¹²³ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, op. cit., pág. 190.

¹²⁴ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, op. cit., pág. 330.

¹²⁵ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, op. cit., pág. 330.

inutilidad de recurrir a una autoridad superior. Por el contrario, el autoritarismo y la indiferencia son dos aspectos de la misma dificultad ante las situaciones de conflicto.¹²⁶

3.5. UNA LUZ EN LA PENUMBRA

En esta línea de razonamiento, se puede afirmar que Stuart Mill hace una diferencia entre lo que son las reglas morales, las reglas sociales o de costumbre, y las reglas jurídicas, reservando sólo para estas últimas el hecho de que su infracción o vulneración conlleva la intervención de la sociedad a través del aparato de poder del Estado, mediante el *ius puniendi* y su función jurisdiccional, en la esfera privativa del individuo, que se traduce en el actual orden social en la limitación o restricción de determinados derechos. El individuo en el ámbito de su esfera personal y en lo concerniente a los derechos que le son atribuidos, en principio, se presentan como un límite al poder de la sociedad y del Estado, se reserva para él un ámbito de no intervención o injerencia social o estatal, justificándose por el contrario, que ante la vulneración de los intereses o derechos de los demás, el Estado, y sólo él, tiene jurisdicción para resarcir el daño sufrido y sancionar al actor de la infracción.

Si bien, en la actualidad, en el esquema del Estado de Derecho¹²⁷, como Mill señala no existe una clara diferencia en lo que respecta al lugar o la frontera donde termina el ámbito individual e inicia el ámbito social o los intereses sociales, la dificultad, se presenta cuando, por ejemplo, se admite que la intervención social o estatal no sólo opere cuando se vulnere o transgreda los intereses de los demás individuos, vistos sólo como individualidades; sino, de forma contraria cuando se pretenda, ya no proteger los intereses de los demás ante las vulneraciones o transgresiones, sino, promover los intereses, derechos de otras individualidades, vistas no solo desde una perspectiva individual, es decir, como individuos, sino, como grupos sociales o colectivos.

Ante esta situación, en el actual contexto y a partir del principio de igualdad y teniendo en cuenta las crisis sociales y de fundamentación del Estado liberal, la intervención de la sociedad o del Estado en el ámbito de los derechos individuales o

¹²⁶ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, op. cit., pág. 169.

¹²⁷ Y de forma particular en su manifestación originaria como Estado liberal, donde se reconocen derechos naturales, se limita el poder a través de la división de poderes y la voluntad del Estado es formado o se manifiesta a través de la ley, y en este se justifica el poder en la voluntad popular.

esfera individual, así como en ámbitos de la economía y en impulsar un rol más activo del Estado, ya no se realizará en tanto para la defensa de intereses de terceros, sino para la promoción o implementación de estos intereses, de tal forma que la intervención social o estatal, responde más a una de función de otorgar o dotar prestaciones o garantía de vida materiales y sociales a determinados grupos sociales, ya no en tanto garantía de los intereses individuales, sino en función de una igualdad consustancial a la condición de ser humano.

Teniendo, de tal forma, la sociedad un rol más activo que pasivo en relación a sus miembros. El problema, por tanto, no se presentará en cuanto a la justificación de la intervención, por cuanto ya sea dentro del esquema del modelo de Estado liberal o del Estado social se encontrará justificado; sino, la cuestión fundamental ocurre en el momento de implementar los mecanismos de intervención, es decir, que medios se utilizará y cuál sería el límite de tal intervención. Problema que aún se mantiene vigente y que no ha sido resuelto por los actuales sistemas políticos legales, ya que las crisis sociales y las diferencias socio económicas son abismales entre los integrantes de cada comunidad en todos los países del hemisferio.

Cuestión, que a nuestro parecer, se resolverá a partir de una reformulación de la visión del hombre respecto de sus instituciones políticas, en tanto, se logre concebir que las desigualdades sociales no son producto de las diferencias económicas de los países o grupos sociales, sino, de la propia organización social, de su propia convivencia, de su propia institucionalidad. El rol de la comunidad, sea a través del Estado o de sus propias organizaciones sociales, o de los grupos de presión, tiene como función principal, no solo la garantía de conservar el sistema legal basado en la igualdad formal y de protección de los intereses particulares, propio del Estado liberal; sino, la función de garantizar una igual material, de distribución de beneficios, de prestaciones de servicios y de condiciones económicas mínimas para sus ciudadanos, propia del Estado social, entonces a partir de ahí se ha de aceptar, que la función de la sociedad o del Estado, es ser el principal actor y agente de realización de las funciones de preservación de los intereses individuales y colectivos, es decir establezca un contexto, un ambiente de acceso directo a los servicios o prestaciones a todos las personas.

La intervención, en cuanto a los programas y servicios sociales, se resolverá a partir de la institucionalización de los mecanismos creados por el Estado y de los

organismos correspondientes. La intervención en los ámbitos individuales y sociales no queda sujeta o supeditada discrecionalmente al poder político o partidario de turno que dirija el gobierno; sino, en las entidades u organismos gubernamentales creados para tal fin, con mecanismos jurídicos adecuados que salvaguarden su autonomía normativa, funcional, organizacional y presupuestal. Dentro de un esquema general, vistas como una competencia del Estado y no del gobierno, como una de sus funciones de relevancia constitucional.

La intervención de la sociedad y del Estado en los ámbitos sociales o colectivos, así como en la esfera individual cuando se trate de intereses sociales, se realiza a partir de un procedimiento previamente establecido, que regula y determina las formas de su ejecución, los funcionarios responsables, el plazo de intervención y las prestaciones concretar a realizar. De lo contrario, la intervención en las esferas individuales o colectivas, en el caso de las prestaciones de servicios sociales, seguirán supeditadas por completo a la voluntad discrecional del poder político, manejadas demagógicamente, como mandatos programáticos y de eficacia diferida, sin un margen adecuado de control y garantía para los derechos de los ciudadanos. Y esto, ya es hora de que sea el pasado, no nuestro presente y mucho menos nuestro futuro.

CAPÍTULO IV

LA PERSONA Y LA *POLIS*

4.1. LA “*POLIS*” COMO CONDICIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PERSONA

Tenemos en la actualidad a las sociedades occidentales reputadas como las más democráticas, pero la democracia dista mucho de ser ese sistema basado en la igualdad y en la libertad, para dar lugar a un tipo de democracia privilegiada. Se ha evidenciado en la actualidad que “la democracia postula una civilización de masas; pero hasta ahora, las «masas» participan poco y sin verdadero discernimiento. Puede afirmarse que, en lugar de una verdadera democracia, hemos elaborado un sistema de gobierno en el que un pequeño número de oligarquías, más o menos divididas, se disputan la dirección de los asuntos manejando masas ignorantes e indiferentes”¹²⁸.

Dato empírico que nos remite a reflexionar sobre las condiciones o el tipo de sociedad u organización en la cual se ha de garantizar, o en todo caso no problematizar toda vez que implican su plena realización, sobre la igualdad y la libertad. Las democracias actuales o Estados de Derecho se asimilan a esta democracia de masa, donde solo pocos dirigen y otros solo se limitan a obedecer sin participar activamente, o configurar de forma permanente la voluntad del Estado. Tal vez se ha fallado en limitar las funciones de la democracia a actos de representación o participación electoral periódica, y se ha restringido la participación constante y permanente de los ciudadanos,

¹²⁸ Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, op. cit., pág. 164.

como si las funciones públicas no serían de competencia o intereses permanentes de los ciudadanos. Y la participación, va de la mano con diferenciar la condición de individuo y persona del ser humano, en tanto en su condición de individuo se ha preocupado más por la satisfacción de sus intereses y necesidades biológicas, y ha dejado a un lado su actuación como persona en la esfera pública para desarrollar al máximo sus capacidades. Los individuos se diferencian de las personas en el marco de la esfera pública.

Los individuos son distintos, en la condición de individuo no existe igualdad, cada uno es un ser propio y diferente de los demás. Existe la diferencia natural o esencial. Pero, cuando existe la sociedad, la esfera pública, se dan elementos comunes o sociales, se produce la asociación, mismos intereses, mismas expectativas, mismas ideología, mismos parámetros, comparten un modo y estilo de vida. Por ello, el término comunidad, sociedad, o civilización agrupa a individuos con intereses comunes o afines y organizados, en tanto gozan de algo común, se produce una socialización, agrupación, ordenación de intereses frecuentes, una vida con otros para garantizar su existencia.

En esta dirección, la sociedad hace realizable esta vida en común (Tocqueville) a través de la manifestación social del individuo, su tendencia a agruparse y satisfacer sus necesidades elementales y proteger su vida (Locke). El ser social del hombre, lo es en razón de existir conjuntamente con otros individuos, hace viable y realizable su vida por intermedio con otros individuos, de ahí que, en la sociedad, los individuos consigan, logren o busquen sus intereses, los mismos que han de ser comunes y afines, de un lado por ser compartidos por ellos, o de otro, avalados dichos intereses por la comunidad o grupo social.

A partir de esta sociedad conformada por individuos, se va erigir una organización basada en reglas de observancia obligatoria y en función de un paradigma determinado, una de estas formas de organización será la *polis*, el Estado, y es en aquella, en la *polis*, donde la individualidad existente en la sociedad, se transformará en igualdad de los seres humanos, pero se hará como personas; el individuo, ahora como persona en la *polis*, se relaciona con iguales a él, con otras personas, como titular de derechos y de obligaciones naturales, derechos y deberes confeccionados por las instituciones de la *polis*, del Estado, atribuciones o cualidades que comparten sus otros congéneres, y la *polis* es el elemento común o coincidente de esta personificación.

La *polis*, u organización política, o de poder, conlleva a esta igualdad, la *polis* como Estado tiene que separar ámbitos de relaciones de las personas. De que los iguales, como por ejemplo cuando instauraron los revolucionarios liberales la figura del ciudadano, en la ciudad éstos tendrían y ostentarían su *status* mediante el reconocimiento de derechos y obligaciones civiles en y para la ciudad, condición que pertenecería a todos los individuos que habitasen en la ciudad.

En estos similares términos, pero con un ámbito más amplio, en la *polis*, habitan y han de habitar personas, pares, iguales en derechos y deberes naturales e institucionales y en el trato y las relaciones con la comunidad, la autoridad o el Estado. Estos derechos, obligaciones y relaciones, son de todos, no solo de un grupo o sector, sino de toda la nación, y en el marco de la *polis* global, de todos los humanos, e interactúan con los demás y con la organización política.

La manifestación de la igualdad, parte de reconocer al individuo como persona. La personalidad reconocida o instituida del individuo, es una manifestación de la igualdad, que tiene como substrato, claro está, al individuo o especificidad de cada componente o integrante de la *polis*. Es en la *polis*, entonces, donde se manifiesta la condición de igualdad de los individuos, pero como personas. La *polis*, es entendida o se acerca mucho, o en todo caso reúne sus características, el actual Estado de Derecho, o también denominado Estado Constitucional.

Resumidamente, haciendo referencia a la *polis*, iniciamos indicando que el término de *polis*, aparece en Grecia. “La *Polis* como organización política es la comunidad social misma. El poder político lo ejerce directamente la comunidad ciudadana, aunque es obvio que sólo son ciudadanos los griegos varones y propietarios de esclavos. No existe la distinción entre gobernante y gobernados, entre Estado y sociedad, pues los ciudadanos deliberan directamente en la plaza pública sobre la guerra o la paz, celebran tratados de alianza con otras *Polis*, votan leyes, pronuncian sentencias, exigen cuentas a los magistrados, etc. Y si se elegían a ciertos magistrados, los cargo eran electivos, rotatorios y, generalmente, era la suerte la que decidía quién iba a ser escogido por los dioses de la ciudad”¹²⁹.

¹²⁹ Oñate Laborde, Santiago y Pantoja Moran, David: *El Estado y el Derecho*, Editorial Edicol, S.A., México, D.F., 1977, pág. 26.

En esta línea, “[p]ara el griego, la *Polis* es el universo en el que naturalmente le es dable vivir. Su vida no es concebible fuera de ella y cada uno de sus actos presupone que vive en y para la comunidad. La *Polis* es el todo que engloba la vida del hombre, y esta vida se identifica con la de la comunidad; entonces, el ciudadano no tiene una vida privada, autónoma: su vida es pública. Por esta razón, tampoco se hace una distinción entre lo económico, lo jurídico, lo político y lo religioso, pues todo queda englobado dentro de lo ético: es bueno todo lo que es bueno para la *Polis*, todo lo que la engrandece o embellece. El principio que rige la conducta de los hombres que viven en la *Polis* es la ética”¹³⁰.

Y, en los tiempos actuales, entre el varío pinto de alternativas que nos propone la filosofía política, es Hannah Arendt, quien nos ilustra las relaciones que se presentan entre la *polis*, la libertad y la igualdad. Para Arendt, “ser político, vivir en una *polis* significaba que todo se decía por medio de palabras y de persuasión y no con la fuerza y la violencia. Para el modo de pensar griego, obligar a las personas por medio de la violencia, mandar en vez de persuadir, eran formas prepolíticas para tratar con la gente cuya existencia estaba al margen de la *polis*, del hogar y de la vida familiar, donde el cabeza de familia gobernaba con poderes despóticos e indisputados”¹³¹. En sus definiciones más famosas, Aristóteles únicamente formuló la opinión corriente de la *polis* en relación al hombre y la forma de vida política de que todo el que estaba fuera de la *polis* –esclavos y bárbaros– era *aneu logou*, desprovisto, claro está, no de la facultad de discurso, sino de una forma de vida en la que el discurso y sólo éste tenía sentido y donde la preocupación primera de los ciudadanos era hablar entre ellos¹³², entre pares.

La *polis* se diferenciaba de la familia, en el pensamiento griego en el sentido de que “la esfera de la *polis*, era la de la libertad, en la familia los hombres vivían juntos llevados por sus necesidades y exigencias, para su mantenimiento individual y supervivencia de la especie, y existía una relación entre estas dos esferas, ya que resultaba lógico que el dominio de las necesidades vitales en la familia fuera la condición para la libertad de la *polis*. Bajo ninguna circunstancia podía ser la política

¹³⁰ Oñate Laborde, Santiago y Pantoja Moran, David: *El Estado y el Derecho*, op. cit., pág. 26

¹³¹ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, traducción de Ramón Gil Novales, 1ª. edición en Ediciones Paidós, Ediciones Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, D.F., 1993, pág. 40.

¹³² Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 41.

sólo medio destinado a proteger a la sociedad, se tratara de la del fiel, como en la Edad media, o la de los propietarios, como en Locke, o de una sociedad inexorablemente en un proceso adquisitivo, como en Hobbes, o de una de productores, como en Marx, o de empleados, como en la nuestra, o de trabajadores, como en los países socialistas y comunistas. En todos estos casos, la libertad de la sociedad es lo que exige y justifica la restricción de la autoridad política. La libertad está localizada en la esfera de lo social, y la fuerza o violencia pasa a ser monopolio del gobierno”¹³³.

En la *polis* griega, al contrario, “la libertad se localiza exclusivamente en la esfera política, en cambio, la necesidad es un fenómeno prepolítico, característico de la organización doméstica privada, donde la fuerza y la violencia se justifican en esta esfera porque son los únicos medios para dominar la necesidad, violencia es el acto prepolítico de liberarse de la necesidad para la libertad del mundo”¹³⁴. De tal modo, “la *polis* se diferenciaba de la familia en que aquello sólo conocía «iguales», mientras que la segunda era el centro de la más estricta desigualdad. Ser libre significaba no estar sometido a la necesidad de la vida ni bajo el mando de alguien y no mandar sobre nadie, es decir, ni gobernar ni ser gobernado. Pero esta igualdad: significaba vivir y tratar sólo entre pares, lo que suponía la existencia de «desigualdades» que, naturalmente, siempre constituían la mayoría de la población de una ciudad-estado”¹³⁵.

De ahí que, en la *polis* griega “la igualdad no estaba relacionada con la justicia, sino era la propia esencia de la libertad: ser libre era serlo de la desigualdad presente en la gobernación y moverse en una esfera en la que no existían gobernantes ni gobernados”¹³⁶. En este sentido, Arendt, nos explicará que en el mundo moderno, se ha de esclarecer los ámbitos de la esfera social, la esfera pública y la esfera privada.

En lo tocante a la esfera social, el mundo moderno, ha hecho que la política no sea más que una función de la sociedad, en tanto, con el ascenso de la sociedad, estos es, del «conjunto doméstico» (*oikia*), o de las actividades económicas a la esfera pública, la administración de la casa y todas las materias que anteriormente pertenecían a la esfera privada familiar, se han convertido en interés «colectivo»¹³⁷. Y con el surgimiento de la “sociedad de masas, la esfera de lo social, tras varios siglos de

¹³³ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 43.

¹³⁴ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 43.

¹³⁵ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., págs. 44-45.

¹³⁶ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 45.

¹³⁷ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 45.

desarrollo, ha alcanzado finalmente el punto desde el que abarca y controla a todos los miembros de una sociedad determinada, igualmente y con idéntica fuerza. Sin embargo, la sociedad se iguala bajo todas las circunstancias, y la victoria de la igualdad en el Mundo Moderno es sólo el reconocimiento legal y político del hecho de que esa sociedad ha conquistado la esfera pública, y que distinción y diferencia han pasado a ser asuntos privados del individuo”¹³⁸.

La sociedad de masas, que sirve de sustento al Estado moderno, ahora se explica “como aquella sociedad, en la que el hombre como animal social rige de manera suprema y donde en apariencia puede garantizarse a escala mundial la supervivencia de la especie, es capaz al mismo tiempo de llevar a la humanidad a su extinción”¹³⁹. Teniendo como factor que ha contribuido a ampliar y consolidar la esfera social en la época moderna, la transformación del trabajo, en tanto, la necesidad hizo del trabajo algo indispensable para mantener la vida (sociedad), la excelencia era lo último que cabía esperar de él¹⁴⁰.

De ahí que la excelencia, en la época moderna no sea una exigencia de la sociedad, sino que ésta se produzca en lo público. La excelencia, *aretē*, para los griegos, y *virtus* para los romanos, se ha asignado desde siempre a la esfera pública, donde cabe sobresalir, distinguirse de los demás. Y en lo público se da la presencia de otros, lo público está constituido por los pares de uno, y nunca la casual, familiar presencia de los iguales o inferiores a uno. Es en estos términos de lo público que ha de ser comprendida la *polis* en los términos modernos, más que en el marco de la sociedad¹⁴¹.

Entonces, ante todo la *polis* fue para los griegos, al igual que la *res publica* para los romanos, su garantía contra la futilidad de la vida individual, el espacio protegido contra esta futilidad y reservado para la relativa permanencia, sino inmortalidad, de los mortales¹⁴². En la vida pública, “sólo donde las cosas pueden verse por muchos en una variedad de aspectos y sin cambiar su identidad, de manera que quienes se agrupan a su alrededor sepan que ven lo mismo en total diversidad, sólo allí aparece auténtica y verdaderamente la realidad mundana”¹⁴³. En un mundo común “la realidad está

¹³⁸ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 52.

¹³⁹ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 56.

¹⁴⁰ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 58.

¹⁴¹ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 66.

¹⁴² Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 65.

¹⁴³ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 66.

garantizada por el hecho de que, a pesar de las diferencias de posición y la resultante variedad de perspectivas, todos están interesados por el mismo objeto”¹⁴⁴. De tal modo, el fin del mundo común ha llegado cuando se ve bajo un aspecto y se le permite presentarse únicamente bajo una perspectiva¹⁴⁵.

Por otro lado, la esfera privada, significa estar privado de la realidad que proviene de ser visto y oído por los demás, radica en la ausencia de los demás; hasta donde concierne a los otros, el hombre privado no aparece, y por lo tanto, es como si no existiera. En este contexto se explica la propiedad. La propiedad privada, antes de la Edad Moderna, no era la condición evidente para entrar en la esfera pública; era mucho más que eso. Lo privado era semejante al aspecto oscuro y oculto de la esfera pública, y si ser político significaba alcanzar la más elevada posibilidad de la existencia humana, carecer de un lugar privilegiado propio (como era el caso del esclavo) significaba dejar de ser humano¹⁴⁶. Los medios para hacerles frente procedían del trabajo, y de ahí que a menudo la riqueza de una persona se estableciera por el número de trabajadores, es decir, de esclavos, que poseía. Ser propietarios significaba tener cubiertas las necesidades de la vida y, por lo tanto, ser potencialmente una persona libre para trascender la propia vida y entrar en el mundo que todos tenemos en común¹⁴⁷.

La propiedad está ligada a la esfera privada de la persona y está destinada a solucionar los problemas referidos a la existencia del individuo, los esclavos, en la «concepción» antigua no significaban, aun que hoy nos parezca imposible, herramientas o cosas para la manutención de los «libres». La propiedad ha estado vinculada a garantizar la supervivencia del hombre, como tal unida al ámbito doméstico o privado, pero hoy, con la superación de las ataduras del pasado, ha trasuntado este ámbito, y se ha convertido en la época moderna en el objeto sobre el cual gira la sociedad y la propia vida.

En la época griega, para que los hombres comenzaran a actuar, tuvo que asegurarse un espacio definido y construirse una estructura donde se realizaran todas las acciones, este espacio fue la esfera pública, la *polis*, y su estructura delimitada por la ley. El legislador y el arquitecto pertenecían a la misma categoría en la configuración de

¹⁴⁴ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 67.

¹⁴⁵ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 67.

¹⁴⁶ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 72.

¹⁴⁷ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 72.

la *polis*¹⁴⁸; “pero la ley y la plaza no son la *polis*. La *polis*, propiamente hablando, no es la ciudad-Estado en su situación física; es la organización de la gente tal como surge de actuar y hablar juntos, y su verdadero espacio se extiende entre las personas que viven juntas para este propósito, sin importar donde estén, la acción y el discurso crean un espacio entre los participantes que puede encontrar su propia ubicación en todo tiempo y lugar, se trata del espacio donde uno aparece ante otros como otros aparecen ante uno, donde los hombres no existen meramente como otras cosas vías o inanimadas, sino que hacen su aparición de manera explícita”¹⁴⁹.

Para los griegos, entonces, la organización política, la *polis*, se halla en directa oposición a la asociación natural: el hogar y la familia. Lo cual nos permite explicarnos la razón de las ciudades-Estado. “La existencia de las ciudades-Estado significaba que el hombre recibía además de su vida privada, una segunda vida, su *bio politikos*¹⁵⁰. Sólo en la ciudad-Estado los hombres pueden dedicar toda su vida a la esfera política. Para los griegos, entonces, ser político, vivir en una *polis*, significaba que todo se decía por medio de palabras y de persuasión, y no con la fuerza y la violencia”¹⁵¹. Donde las preocupaciones domésticas o privadas, relacionadas a las necesidades biológicas no determinaban y dominaban la esfera pública.

La *polis*, “la esfera pública, siempre indesligable de los conceptos de libre distinción, se caracteriza por la igualdad: por naturaleza los hombres no son iguales, necesitan de una institución política para llegar a serlo: las leyes. Sólo el acto político puede generar igualdad, sin embargo las leyes no cumplen aquí la función de reducir lo diverso a lo idéntico e invariable, sino que autorizan la posibilidad de las palabras y las acciones”¹⁵², de relacionarse y vincularse entre iguales, como pares.

De lo cual se observa una diferencia en la naturaleza del hombre, como persona y como individuo propiamente dicho. Al hombre, la política no le es dada por naturaleza. Si lo fuera, sería absurdo preguntarse y preocuparse por ella. “La *política*

¹⁴⁸ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 218.

¹⁴⁹ Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 221.

¹⁵⁰ Todo ciudadano pertenecía a dos órdenes de existencia, tajante diferencia entre lo que es suyo y lo que es comunal.

¹⁵¹ Para los griegos obligar a las personas por medio de la violencia, mandar en vez de persuadir eran formas pre-políticas: margen de la *polis*, el hogar y la vida familiar; donde se gobernaba con poderes despóticos e indisputados. Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, op. cit., pág. 40.

¹⁵² Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, traducción de Mario Eskenazi, Ediciones Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, D.F., 1997, pág. 22.

trata del estar juntos y los unos con otros de los diversos”¹⁵³ como tal, como fruto de la acción humana plural, tiene un carácter abierto y sólo se la debe entender por su sentido que “los hombres trataran entre ellos en libertad, más allá de la violencia, la coacción y el dominio, iguales con iguales, que mandaran y obedecieran sólo en momentos necesarios –en la guerra– y, si no, que regularán todos sus asuntos hablando y persuadiéndose entre sí”¹⁵⁴.

Teniendo en cuenta las ideas de Arendt sobre la *polis* y la naturaleza política del hombre, se puede observar que en la actualidad, como una consecuencia de una visión social de la convivencia humana, se ha sostenido que toda forma de organización de vida humana es *política*, requiriéndose para tales efectos, tan sólo la concurrencia de otros individuos para organizar su vida bajo determinados mandatos o exigencias. De tal forma, se ha afirmado que toda convivencia humana sería en sí misma política ya sea busque la felicidad de sus integrantes o la satisfacción de las necesidades vitales. En el entendido que dicha organización encierra *per se* un modo determinado de regular la vida y las relaciones de sus integrantes.

Desde esta perspectiva, se ha llegado a aceptar que toda organización humana encierra a la *política*, no requiriéndose más que sólo la vida en común con otros individuos, sea cual sea sus relaciones de convivencia y las reglas que rigen su organización. La preeminencia de lo social, es lo que al final ha determinado para que se considere a una organización como *política*. Así, no se toma en cuenta otros elementos como la libertad o la igualdad, que son medulares por ejemplo en la teoría política de Arendt, para determinar a un tipo de convivencia humana como *política*,¹⁵⁵ como una expresión del *zoon politikon*.

Arendt, nos aclara el panorama, indicándonos que la consideración como política de toda convivencia humana se debe a una errática interpretación de Aristóteles que se ha venido arrastrando a lo largo de historia. Así, Aristóteles no se refería de ninguna manera de que todos los hombres fueran *políticos* o a que en cualquier parte donde viviesen hombres hubiera *política*, o sea, *polis*¹⁵⁶.

¹⁵³ Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, op. cit., pág. 45

¹⁵⁴ Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, op. cit., pág. 69.

¹⁵⁵ Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, op. cit., págs. 45 y ss.

¹⁵⁶ Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, op. cit., pág. 68.

Para Arendt, “lo que distingue a la política de otras formas de convivencia humana es la libertad, no tanto la libertad como finalidad perseguida por la política o como finalidad de la misma, sino ser libre y vivir en una *polis* eran en cierto sentido uno y lo mismo, vivir en una *polis*, el hombre ya debía ser libre, libre de otro(s) o de sus necesidades, como esclavo, no podía estar sometido a la coacción de ningún otro ni, como laborante, a la necesidad de ganarse el pan diario. Para ser libre, el hombre debía ser liberado o liberarse él mismo y este estar libre de las obligaciones necesarias para vivir, era el sentido propio del griego *scholē* o del romano *otium*, el ocio, como decimos hoy”¹⁵⁷.

Entonces, “entendida la *política* en el sentido de medios fines, la [*polis*] era un fin y no un medio. Y el fin no era la libertad tal como se hacía realidad en la *polis*, sino la liberación prepolítica para la libertad en la *polis*. En ésta, el sentido de lo *político*, pero no su fin, era que los hombres trataran entre ellos en libertad, más allá de la violencia, la coacción y el dominio, iguales con iguales, que regularan todos sus asuntos hablando y persuadiéndose entre sí”¹⁵⁸. De tal forma, “[l]o *político* en este sentido griego se centra, por lo tanto, en la libertad, comprendida negativamente como no ser dominado y no dominar, y positivamente como un espacio sólo establecible por muchos, en que cada cual se mueva entre iguales. Sin tales otros, que son mis iguales, no hay libertad”¹⁵⁹.

En este terreno, si bien la *política* se realiza en libertad, también va de la mano con la igualdad, igualdad en el sentido de que existan hombres libres que tengan el mismo derecho a la actividad *política* y esta actividad era en la *polis* preferentemente la de hablar los unos con los otros. Pero no hablar en la forma de ordenar, y escuchar en la forma de obedecer¹⁶⁰. De actuar unos con otros, entre pares, entre iguales.

Otro factor a tener a en cuenta en lo que respecta a la *polis*, es “el espacio en el cual se ejerce, al mundo común a todos los hombres libres, que es el espacio propiamente *político* [la esfera pública] que significa alejarse de la existencia privada y de la pertenencia a la familia a la que la vida humana está unida. Este espacio público sólo llega a ser *político* cuando se establece en una ciudad. Esta ciudad, como *polis*, es

¹⁵⁷ Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, op. cit., pág. 69.

¹⁵⁸ Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, op. cit., pág. 69.

¹⁵⁹ Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, op. cit., pág. 70.

¹⁶⁰ Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, op. cit., pág. 70.

políticamente distinta de otros asentamientos, en que sólo ella se construye en torno al espacio público, la plaza del mercado, donde en adelante los libres e iguales pueden siempre encontrarse”¹⁶¹.

En tal sentido, la igualdad dotada por la esfera pública, en los términos que hace viable la co-relación de hombres distintos y singulares, permite que éstos sean libres mientras actúan, en términos iguales, nunca antes ni después, porque ser libre y actuar es una y la misma cosa. En la *polis* lo que está en juego no es la vida sino el mundo en el que actúan, como espacio de aparición. De ahí que no quepa considerar a quien actúa como alguien preexistente, aislado, soberano y autónomo, puesto que lo que se presenta es precisamente la libertad como realidad política¹⁶². La *política* nace entre los hombres, por lo tanto completamente fuera del hombre. Entonces no es acertada la concepción que se tenía del “*Zoon politikon*: como si hubiera en el hombre algo político que perteneciera a su esencia. Pero esto no es así; el hombre es a-político. La política nace en el Entre-los-hombres, por lo tanto completamente fuera del hombre. De ahí que no haya ninguna substancia propiamente política. La política surge en el entre y se establece como relación. Así lo entendió Hobbes”¹⁶³.

En la consideración de la *polis* como una expresión humana que hace viable el accionar político del ser humano, donde los individuos en base al principio de igualdad se interrelacionan como personas, entre pares, se constituye en el elemento central sobre el cual se ha de basar toda organización de poder que se estime libertaria e igualitaria, principios que no pueden soslayar los actuales Estados que funcionan modernamente como Estado de Derecho, y en su actual devenir como Estado Constitucional.

Se parte de reconocer a la igualdad como el presupuesto de actuación o realización de personas, o si se lo quiere ver desde otra perspectiva, el punto de inicio o de partida, para dentro de este Estado, de la esfera pública, de esta *polis* moderna, reflejo de una organización política a la usanza arendtiana, el ser humano liberado de las necesidades biológicas y domésticas, o apartándose de ellas, o que no dominen su esfera pública, desarrolle en su máxima excelencia su personalidad, mediante la acción, el discurso, el diálogo, el consenso, la *praxis*, etc., en un ámbito público entre iguales: este

¹⁶¹ Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, op. cit., pág. 74.

¹⁶² Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, op. cit., pág. 26.

¹⁶³ Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, op. cit., pág. 46.

es el mundo de la persona: la *polis*; a diferencia de la sociedad y de la vida privada, que es el mundo de los individuos y de su intimidad.

4.2. DE LA PERSONA, LA IGUALDAD Y LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA

El centro del mundo humano es el hombre, el hombre como tal es una sustancia que encierra un ser. Este ser está conformado por un alma o espíritu, que pone en acto la vida (Aristóteles). Y esta alma para algunos es racional (Descartes, Kant) y para otros política (Arendt). No es finalidad del presente trabajo realizar un estudio sobre la naturaleza humana¹⁶⁴, sino, a partir de elementos o caracterizaciones que nos acercan a comprenderlo en su mayor integridad, nos limitamos a concebir y considerar al ser humano como un ser con razón, político, con lenguaje, y desde un ámbito axiológico, un ser digno, cualidades que lo hacen único y distinto.

El ser humano desde que llega a este mundo, desde que aparece, ostenta una singularidad y especificidad, cada hombre es una realidad y una unidad, se distingue de los demás, y esta cualidad excepcional se mantiene durante su existencia. El ser diferente y original es lo que tienen en común los seres humanos. La igualdad de los seres humanos no parte de un elemento único que compartan todos, sino, su distinción, su diferencia, su unidad y peculiaridad los hace iguales, su diferencia los hace iguales. Si bien en cuanto individuo los seres humanos no se confunden o se parecen a otros individuos, mantienen su singularidad y diferencia. Pero, cuando se crea un ente político como sistema de convivencia o realización, como por ejemplo un Estado, esta organización política funciona por la existencia de hombres que se encuentran en un mismo nivel, hombres a quienes se les reconoce o estima como iguales. La igualdad, es propia de la organización política, fuera de la organización política no hay igualdad.

Modernamente, esta organización política se manifiesta en el Estado de Derecho, y este Estado está conformado por individuos claro está, pero estos individuos diferentes, en el Estado se constituyen en seres iguales y se interrelacionan entre pares como personas, sin embargo, concretamente son las personas las que conforman o hacen

¹⁶⁴ Por ejemplo, sobre un estudio del hombre desde una visión antropológica *vid.* Linton, Ralph: *Estudio del hombre*, versión española de Daniel F. Rubín de la Borbolla, 7ª. edición, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1963, 486 págs. Desde una perspectiva filosófica, *vid.*, Romero, Francisco: *Teoría del hombre*, 3ª. edición, Losada, S.A., Buenos Aires, 1965, 290 págs. Y desde una perspectiva científica, *vid.* Carrel, Alexis: *La incógnita del hombre*, Prólogo del Dr. Gustavo Pittaluga, traducción directa del inglés, cotejada luego con la versión francesa del mismo autor, por María Ruiz Ferry, Joaquín Gil Editor, Buenos Aires, 1946, 397 págs.

el Estado. La igualdad se manifiesta en las personas dentro de una organización política, es propia de ellas, y no tanto en los individuos, los mismos que son únicos y diferentes, y una forma de manifestar esta igualdad, se hace por ejemplo en el reconocimiento de derechos y deberes a las personas, los derechos y los deberes los gozan todas las personas, todos los que conforman el Estado.

4.3. LA PERSONA Y LOS DERECHOS

Se ha sostenido que la persona es titular de derechos y de deberes, que conforma y hace el Estado, y que la igualdad es propia de la persona¹⁶⁵. La igualdad se manifiesta en el hecho de que el Estado tiene que relacionarse (actos estatales, normas, políticas públicas, etc.) en base a un tratamiento igualitario con las personas, y este tratamiento igualitario en el Estado de Derecho se manifiesta en la Constitución, la Constitución reconoce a todas las personas como iguales, y les otorga a todos sus integrantes derechos y deberes en la misma medida y dimensión. Y los funcionarios o servidores públicos que están investidos de facultades y responsabilidades, tratan como iguales a las personas y conforme lo encomendado por la Constitución; y, para los individuos culturalmente diferentes (minorías campesinas, nativas, minorías), en tanto personas, se relacionan con el Estado de forma especial y particular con la legislación (generando leyes especiales propias para estas minorías), pero sin dejar de lado la igualdad, su condición de personas.

La igualdad en estos términos no significa que todas las personas en el Estado son idénticas, que son lo mismo, nada de ello. En el Estado, las personas ostentan el mismo valor e importancia, y hacedores de la organización política, son titulares de derechos inalienables o naturales de los cuales no se les puede despojar o desconocer, la esfera de igualdad es completa o total, abarca a todas las personas, o individuos si se lo quiere ver desde la perspectiva de la sociedad natural, que conforman o habitan en el Estado. La igualdad en el Estado de Derecho, es una expresión de la inserción del individuo en el Estado, en la organización política. Esta igualdad, además de tener un ámbito de referencia implicado en la naturaleza del hombre ya como ser racional, ser fin

¹⁶⁵ Sobre la persona *vid.* Quiles, Ismael S.J.: *La persona humana*, Espasa-Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires-México, D.F., 1952, 494 págs. y McCormick, Neil: *Instituciones del derecho*, traducción de Fernando Atria y Samuel Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 103-132.

en sí mismo, dotado de lenguaje, cobra operatividad en cuanto se manifiesta como *zōon politikon*.

El Estado, es decir la organización política y los que operan en esta, están impedidos política y jurídicamente de anular la igualdad de la persona, y por ende sus derechos inalienables, sin bien en el marco del funcionamiento de la *bios politikos*, se permite restringir estos derechos y suspender algunas responsabilidades, en modo alguno puede o permite anular o extinguir la personalidad del individuo, es decir quitarle la condición de persona al ser humano. Esto significaría cosificar o degradar hasta lo más despreciable al humano, convertirlo ya no en titular de derechos y deberes, sino en objeto de los mismos, en instrumento o medio de otros individuos, en inferior, y someterlo o subyugarlo o hasta disponer de su vida, es decir, decidir sobre su existencia.

En el Estado, como organización política, se impone la igualdad de las personas, la igualdad entre los individuos. Las personas se interrelacionan entre ellos como iguales, no superiores, y no inferiores. Con derechos y deberes, sin que unos tengan la potestad de excluir a los otros de la comunidad política. Lo contrario, implicaría reconocer o establecer un sistema basado en la desigualdad, donde unos excluyan a los otros de sus derechos y principalmente de su condición de ser humano. Ejemplos se dan a lo largo de la historia, y en la época actual también los encontramos¹⁶⁶.

Podemos citar a la antigua Roma, donde los ciudadanos plenos o *patricios* poseían esclavos, es decir, los romanos eran propietarios de seres humanos, en la Edad Media el rey se encuentra por encima de sus súbditos, y por encima no solo en grado de ser superior a ellos o jerárquicamente, sino que tiene la potestad de decidir y disponer sobre la vida, como de los bienes, de la familia de sus súbditos. Del mismo modo, en el proceso de dominación del Continente americano, los colonizadores trataron a los americanos como bestias salvajes, o carentes de razón o entendimiento, o a quienes había que «adiestrar» por intermedio de la aculturalización. Y estos ejemplos no son propios de siglos anteriores, sino que en tiempos recientes, por ejemplo en los regímenes totalitarios o dictaduras del siglo XX, se exterminó sistemáticamente a personas que se consideraban de una raza inferior, de una ideología diferente, o culturalmente distintos.

¹⁶⁶ Piénsese en los esclavos, en los pueblos “bárbaros” de la era griega y romana, de los indígenas o de los nativos americanos, o de las minorías raciales, culturales, religiosas sometidas en el siglo XX, etc.

Y hoy, en el siglo XXI, aún mantenemos problemas basados en el desconocimiento de la persona, y por ende actos basados en la desigualdad, como por ejemplo, se da el caso de no tener la condición de nacional, de tener el «*status*» de inmigrante «ilegal», donde no se les considera como ciudadanos o no gozan plenamente de sus derechos civiles; de las comunidades nativas, expuestas a la extinción de sus tradiciones y de su medio ambiente por la extracción de recursos naturales, y del conflicto presentado en medio oriente, donde se pretende homogeneizar cultural, ideológica y religiosamente. En estos casos la esfera de la igualdad no comprende a todas las personas, sino a un grupo o sector determinado, tratando a los otros como desiguales, inferiores o distintos.

Si persona significa ser titular de derechos inalienables y de deberes insoslayables, no se tiene (tanto otras personas como funcionarios) potestad para excluir o cancelar estos derechos, si se ha hecho esto es por supuesto en base a no reconocer como igual a estos individuos, por desconocer su condición de personas, lo cual ha significado la comisión de los actos cruentos y depravados en contra de nuestros congéneres. Entonces, se puede concluir que el *status* de poseer una personalidad significa ser titular de derechos inalienables y de deberes ineludibles como origen, a partir de los cuales, y dentro ya de un ordenamiento jurídico, partiendo de la Constitución se irán ramificando estos derechos desde una naturaleza indisponible o fundamental, hasta derechos disponibles, convencionales o contractuales.

4.4. SITUACIONES JURÍDICAS Y SITUACIONES FÁCTICAS

La persona genera en el Estado, con sus funcionarios, y en las personas, un deber de respeto y resguardo de sus derechos. Ser titular de derechos implica la existencia de otras personas quienes serán los sujetos pasivos u obligados, además se presenta un vínculo o relación entre estas dos personas, y este vínculo es el objeto del derecho, que como regla se manifiesta como una obligación de hacer (prestación) o de no hacer (omisión o no intervención). Los derechos de la persona generan una situación jurídica, esta situación se manifiesta con la presencia de un sujeto activo, o titular del derecho; un objeto, la obligación de hacer o no hacer algo; y, un sujeto pasivo, o sujeto obligado a realizar la obligación o dejar de hacer algo en beneficio del sujeto activo.

Y es una situación jurídica, porque el propio ordenamiento jurídico establece los tres componentes o elementos, es decir establece a la persona titular del derecho, el tipo de obligación a cumplir, y el sujeto obligado, pero todo ello dentro del marco legal. Así, por ejemplo cuando se solicita al sujeto obligado que cumpla con la obligación que contiene el derecho se hace invocando la norma jurídica donde se encuentra regulada esta relación. Esta relación jurídica será perfeccionada ya sea por el propio cumplimiento del sujeto pasivo o por la orden que emane de una decisión jurisdiccional, ahí quedará establecida o declarada la relación jurídica que genera la titularidad de un derecho, su objeto y el obligado.

Otra cosa es la prestación de las obligaciones, es decir el cumplimiento en la realidad de la obligación que tiene a su favor el titular del derecho en relación a la persona obligada. Cuando estas prestaciones se realizan en la realidad, se plasman en la normalidad, se cumple con la obligación, se está frente a la situación fáctica del derecho, que no es otra cosa que la eficacia en la realidad de la relación jurídica que se deriva del derecho. En el pleno goce o ejercicio del derecho, se realiza, se desenvuelve, se concretiza en la realidad la obligación la relación jurídica.

La situación jurídica está referida plenamente a un plano normativo o jurídico, donde se identifican a los sujetos: al titular como al obligado, y se precisa la obligación: hacer o no hacer. En cambio, en la situación fáctica del derecho, el sujeto activo o titular goza de su derecho, es decir, el sujeto pasivo ha cumplido, ha realizado, ha hecho efectiva la obligación en beneficio del titular del derecho, la obligación ha sido efectivizada con actos prestacionales o actos omisivos.

De ahí que una cosa es la eficacia jurídica de los derechos, y otra cosa es la eficacia fáctica de los derechos. La eficacia jurídica hace referencia a las situaciones jurídicas de los derechos, es decir a la descripción de la obligación que ha de realizar el sujeto pasivo en beneficio del sujeto activo, o también, dicho en otros términos, a la identificación del titular del derecho, la identificación del sujeto obligado, y la descripción de la obligación a cumplir.

De otro lado, la eficacia fáctica se refiere al goce o ejercicio de lo que la norma o el derecho dice (relación jurídica). Cuando se habla de goce o ejercicio de un derecho se habla de la situación fáctica, donde el sujeto activo está gozando, está ejerciendo la obligación que le debía el sujeto pasivo. Un derecho no lo es tal sino tiene una eficacia

fáctica, sino se cumple la situación jurídica. En la mayoría de los derechos la eficacia jurídica y la eficacia fáctica se realizan consecutivamente, en estos casos no hay problema que resolver.

El problema se da, cuando a pesar de existir una situación jurídica, es decir, se identifica al titular del derecho, la obligación, y el sujeto obligado, no existe una eficacia fáctica; una situación fáctica, donde el sujeto obligado ha realizado la prestación o ha cumplido con la omisión en beneficio del titular del derecho. En estos casos, no estamos frente a un goce o ejercicio del derecho, ya que el derecho se quedó en el plano normativo, en el plano jurídico, en la sola descripción normativa, y nunca aterrizó, nunca se concretizó en la realidad, en otros términos, no se tiene vida, libertad, propiedad, ciudadanía, voz, trabajo, etc.

La diferenciación que se presente entre la eficacia jurídica y la eficacia fáctica, también tiene que ser resuelta con medidas apropiadas que hagan de esa disposición normativa una normalidad, una realidad. Y esta medida, ha de iniciar por la disposición normativa, a fin de que, a partir de la eficacia normativa, se impulse la eficacia fáctica. Entonces, a partir de la norma se requerirá a los agentes responsables, para que implementen las condiciones institucionales o remuevan los obstáculos que impiden la eficacia fáctica o se logre concretizar en la realidad la disposición normativa.

4.5. LOS DERECHOS Y LAS PRERROGATIVAS

Frente a la existencia de derechos inalienables, indisponibles, irrenunciables, que valgan verdades, si bien han sido reconocidos a lo largo de la historia al ser humano, tenemos evidencias claras que este reconocimiento se ha hecho de forma universal o global después de la mitad del siglo XX, en las declaraciones de derechos hechos por las naciones del mundo¹⁶⁷. En estos documentos internacionales de derechos humanos se

¹⁶⁷ Si bien, el antecedente normativo y universal lo encontramos en la *Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789. Es en los años siguientes a la mitad del siglo XX que se emitirán diversas declaraciones a nivel mundial y continental de reconocimiento de los derechos humanos. Así tenemos, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, la misma que dispuso la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA); La *Carta Internacional de Derechos Humanos*, que comprende el conjunto de documentos sobre derechos humanos, proclamados por las Naciones Unidas, en diversos momentos: El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), vigente desde el 23 de marzo de 1976. El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC), vigente desde el 3 de enero de 1976. Los protocolos facultativos correspondientes (el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el

reconoce los derechos inalienables, esenciales, fundamentales de la persona como ser humano.

Frente a la existencia de estos derechos humanos, ha existido en etapas de la historia, y en situaciones actuales, la consideración de los derechos inalienables como prerrogativas. Las prerrogativas son las ventajas que concede la autoridad a un individuo, son las facultades transitorias sobre un aspecto de la comunidad o del ámbito de la vida de otros individuos. Como son concesiones que hace la autoridad en beneficio de un particular; estas concesiones, estos beneficios, estas facultades o prerrogativas en cualquier momento, a criterio y decisión unánime de la autoridad, pueden ser retiradas, canceladas, revocadas, anuladas o extinguidas.

Las prerrogativas son la antítesis de los derechos humanos. Dependen de actos externos para tenerlos y para ejercerlos, son plenamente disponibles y no hay sanción por su «infracción». Las prerrogativas, por ejemplo, se notaban en los regímenes monárquicos, donde el monarca, como soberano absoluto, concedía bienes, títulos nobiliarios o tierras a sus súbditos, pero en cualquier momento, haciendo uso de su poder soberano, anulaba o extinguía la concesión hecha, y anulaba su decisión sobre el título nobiliario o la propiedad concedida. En estos términos, el rey, también podía extinguir la vida de un súbdito, expropiar sus tierras, privarle de su libertad o imponerle una creencia religiosa determinada, en base a que las potestades de las cuales gozaban los súbditos, lo hacían en razón de la concesión efectuada en pleno uso del poder absoluto del monarca, poder que abarcaba sobre todo su territorio, sobre los bienes que existen en este, y sobre los súbditos que habitan en su reino.

Con el transcurso de la historia, y el derrocamiento de las monarquías absolutas, y la instauración de las progresías monarquías constitucionales, la República, los Estados nación y finalmente el Estado moderno actual como Estado de Derecho, si bien el poder soberano se ha extinguido, aun los derechos humanos han sido tratados como prerrogativas, pero ahora por actos estatales como del Parlamento, el Ejecutivo y de sus

Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte. La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948 en París. A nivel continental tenemos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, vigente desde 1953; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH), vigente desde 1978; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como la Carta de Banjul, vigente desde 1986; la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam (DDHI), también conocida como Declaración de El Cairo de 1990 y la Carta Asiática de los Derechos Humanos de 1998.

fuerzas armadas o grupos para estatales; se ha desconocido y privado de los derechos humanos, como la dignidad, seguidos de la libertad, integridad física, ciudadanía, propiedad y finalmente de la vida, entre otros.

En la medida que se anula la condición de persona, su dignidad y la igualdad, se trató a estas personas como infrahumanos, distintos a la mayoría, despojándoles de sus derechos inalienables, sometidos a las condiciones deplorables, instrumentalizándolos y finalmente extinguiendo su existencia. Los derechos inalienables fueron «destituidos» de estas minorías, despojados por la autoridad o por los grupos extremistas. En estos casos de desaparición forzada, de crímenes de lesa humanidad, genocidio, asesinatos, por ejemplo, los derechos inalienables no son reconocidos y respetados a las víctimas, los victimarios simplemente, por actos arbitrarios, a veces «legales», alevosos, por decisión o mando, proceden a «quitarles» estos derechos, como si se trataran de bienes disponibles, de valores que dependiera de su decisión. Estos actos, que son extremos, y que son los más crueles, demuestra que aun, no se ha reconocido a todos los seres humanos como iguales, como personas, como seres con dignidad, valor que está más allá de los actos humanos.

De otro lado, en situaciones no tan extremas, los derechos humanos, han sido desconocidos o no reconocidos a los individuos, tornándolos como tales recién cuando cumplan ciertos requisitos, es decir sometidos a ciertas condiciones. Asimismo, se presenta en los actos de los individuos, camuflado en una autonomía de la voluntad. En esta medida, si bien no se concibe que los derechos humanos sean prerrogativas, hay algunas relaciones que se dan entre particulares que todavía se resuelven o solucionan a partir de esta posición, cuando la autonomía de la voluntad y la potestad contractual se lleva a extremos y se superpone a los derechos de las otras personas.

En estos casos, los derechos inalienables de las personas, y los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, son asumidos ya sea por los funcionarios públicos, por los grupos de poder o por particulares como prerrogativas, en el sentido que estos derechos pueden ser retirados, quitados o anulados; o, también, para su respeto se los somete a condiciones externas o legales para su propio goce; o, finalmente, quedan excluidos ante el ejercicio o uso de otro «derecho».

4.6. LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Los derechos subjetivos o ámbito de la realidad sobre la cual la persona puede desempeñar o disponer autónomamente, o también intereses o situaciones reconocidas o protegidas por el Estado, la ley y la sociedad. Realidad a partir de la cual las personas tienen la facultad de requerir su protección, ejecución o no interferencia. Los derechos subjetivos, implican entonces reconocer determinadas atribuciones, funciones, propiedades, capacidades, facultades a la persona, y al mismo tiempo ser garantizados, regulados, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico.

Cuando hablamos de derechos subjetivos hacemos referencia a las atribuciones o funciones que tiene una persona sobre un ámbito de la realidad material o inmaterial sobre el cual puede decir, autodefinir, manifestándose de forma clara en sus aspectos de protección y de ejercicio. Si los derechos subjetivos son atributos con relevancia jurídica (atributos legales) estos también han de tener dentro de dicho orden jurídico mecanismos o recursos para su protección y cumplimiento o eficacia.

Pero también se ha de tener en cuenta, como se trata de atribuciones que tienen una relevancia jurídica, que estas atribuciones se han de plasmar, concretizar o manifestar en la realidad, de ahí que la eficacia jurídica de estos atributos, que el ordenamiento jurídico los denomina derechos subjetivos han de tener en cuenta la relación derecho-realidad para su concretización, ejercicio, eficacia o goce.

Entonces, suele suceder que en la actualidad se clasifican a los derechos en derechos de eficacia inmediata y de eficacia diferida, aun cuando en ambos casos, los derechos tienen eficacia jurídica, por el solo hecho de ser reconocidos o amparados por el ordenamiento jurídico, pero su concretización en la realidad dependerá de que supere los obstáculos o se coloque las condiciones institucionales para su ejercicio fáctico.

De tal manera, se puede decir que todos los derechos subjetivos son eficaces jurídicamente, aunque no de forma directa e inmediata en la realidad, lo cual sucederá recién cuando se remueva o coloque las condiciones para su realización o concretización fáctica. Es decir, todos los derechos subjetivos tienen una situación (posición) jurídica, aunque no necesariamente una situación (posición) fáctica.

En lo que respecta a los derechos subjetivos, y referidos a los derechos naturales, como tal, tienen un nacimiento en la persona humana. El ser humano por su sola condición cuenta con atributos o propiedades y en la comunidad son estimadas como esenciales, los mismos que expresados en el ámbito jurídico, tendrán la denominación

de derechos inalienables, siendo su fuente el ser humano¹⁶⁸. El orden jurídico es el que da la relevancia o naturaleza jurídica a estos atributos o propiedades «naturales», pero al mismo tiempo no dejan de ser una expresión o manifestación de la esencia humana: la dignidad.

Como tal, los derechos subjetivos, y el derecho en general, regulan los distintos ámbitos de las relaciones de la vida de la persona humana o donde desempeña y desemboca su personalidad. El derecho tendrá así una expresión o connotación civil o de los ciudadanos o convivencia diaria; penal o de los castigos o del orden y seguridad; comercial o del comercio o de las transacciones económicas; social o laboral o de las relaciones del trabajo y de los riesgos socio-económicos; administrativo o de la administración de la *res pública*; legislativo o de la formación de la voluntad del Estado; judicial o de la administración de justicia; constitucional o de la configuración político-jurídico del Estado y del reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano, entre otros.

Los derechos subjetivos han sido analizados desde varias perspectivas, dentro las cuales según su origen se han ligado a su vocación individualista liberal, en la medida que se reconoce una esfera de actuación del individuo, como propiedades y facultades que ostenta ante los demás. Donde el Estado se encuentra impedido de intervenir o vinculado negativamente.

Sobre el derecho subjetivo se han planteado varias teorías. En primer lugar tenemos la tesis sostenida por Bernardo Windscheid, para quien “el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el ordenamiento jurídico”¹⁶⁹. Esta definición se emplea en dos sentidos: a) derecho subjetivo es la facultad de exigir un determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular. Tal facultad aparece cuando el orden jurídico prescribe que en determinadas circunstancias se haga u omita alguna cosa, y pone a disposición de otro

¹⁶⁸ En asunto de derechos humanos, el punto central no debe ser la actividad del Estado, sino más bien la existencia y la personalidad humana, a nivel individual y colectivo. La indivisibilidad o la unidad de la persona humana en el sentido físico, intelectual o espiritual parece una base más sólida para el tratamiento de la cuestión de la interrelación entre derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. *Vid.* Boven, Theodoor: “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, (Karel Vasak, Editor general), traducción de Hernán Sabaté y María José Rodellar, vol. III, Ediciones del Serbal, S.A.-UNESCO, Barcelona, 1984, pág. 88.

¹⁶⁹ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, 4ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1951, pág. 180.

sujeto el imperativo que contiene dicha orden. De la voluntad del beneficiario depende valerse o no del precepto, o poner en juego los medios de garantía que el propio ordenamiento jurídico otorga¹⁷⁰; y, b) afirma que el propietario tiene el derecho de enajenar sus propiedades, que el acreedor puede ceder su crédito, o que un contratante está facultado para rescindir el contrato, si la otra parte no cumple lo pactado. En estos y parecidos casos, lo que quiere expresarse es que la voluntad del titular es decisiva para el nacimiento de facultades del primer tipo, o para la extinción o modificación de las preexistentes. De la voluntad de la persona depende en tal supuesto la existencia o determinación de imperativos jurídicos. En el primer caso, en cambio, su voluntad sólo es decisiva para la actuación de preceptos ya establecidos¹⁷¹.

Por otro lado, tenemos a Rudolf Ihering, para quien el derecho subjetivo debe definirse como un *interés jurídicamente protegido*. La palabra interés se aplica no sólo a los intereses susceptibles de apreciación pecuniaria (económicos), sino a los de otra índole, como la personalidad, el honor, los vínculos familiares, etc. La salvaguardia de los numerosos *bienes* a cuya consecución puede hallarse orientada la actividad individual, constituye la meta última del Derecho. El hombre es el destinatario de toda facultad jurídica. Ahora, *bien*, es cualquier cosa que posea utilidad para un sujeto. A estos elementos se encuentra indisolublemente unidas el *valor* y el *interés*. El *valor* es la medida de la utilidad de un bien; el *interés*, el valor en su relación peculiar con el individuo y sus aspiraciones¹⁷². Para que haya derecho no basta el elemento material; requiérase además que el interés esté jurídicamente garantizado o, lo que es lo mismo, que el goce del bien a que se dirige se encuentre protegido por medio de la acción. Posible es, por ende, que un interés no posea carácter jurídico. Tal cosa ocurre cuando la ley favorece a ciertos individuos o colectividades, sin concederles la facultad de exigir el cumplimiento de los que sus preceptos ordenan. La norma ejerce entonces una *acción refleja* en beneficio de aquéllos, mas no les otorga derecho alguno, ya que no los autoriza para demandar judicialmente la observancia de las obligaciones que impone. En tal sentido, “la acción es pues la verdadera piedra de toque de los derechos privados,

¹⁷⁰ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 180.

¹⁷¹ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 180.

¹⁷² García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 182.

si no hay sitio para ella, el derecho civil deja de proteger los intereses, y la administración toma su lugar”¹⁷³.

En otra dirección, Jellinek, partiendo de las definiciones de derecho subjetivo basado en la voluntad y la que la busca en el mundo de los bienes, formula su tesis sobre el derecho subjetivo. Así sostiene, “El bien o el interés protegido por el derecho se vuelve tal sólo en cuanto es un posible contenido de esta voluntad. Si por una parte sólo se puede querer alguna cosa, por la otra esta cosa debe ser querida para que el derecho se ocupe de ella. La voluntad es el medio necesario para que *alguna cosa* se vuelva *bien* o *interés*, debe ante todo reconocer y garantizar la potestad de querer. El motivo de la voluntad no se puede eliminar absolutamente del concepto del derecho. Pero la voluntad es un medio, según se ha dicho; por ello la voluntad abstracta no es la reconocida y garantizada como pretendía Hegel sino la voluntad dirigida a fines determinados. El derecho subjetivo, por lo tanto, es la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto esté dirigida a un bien o a un interés”¹⁷⁴.

Para Jellinek, “[e]l derecho público subjetivo del individuo, siempre tiene por contenido la capacidad jurídica, y resulta exclusivamente de una ampliación de la libertad natural. Desde el punto de vista formal, este derecho consiste en pretensiones jurídicas que derivan de las calificaciones concretas de la personalidad. El contenido del derecho público está constituido por el interés individual reconocido prevalecientemente en vista del interés general. El derecho público subjetivo es, por lo tanto, desde el punto de vista material, el que pertenece al individuo como miembro de la comunidad, como miembro del Estado. Se funda en forma exclusiva sobre las normas jurídicas que conceden una potestad, no sobre las que la permite”¹⁷⁵.

Desde otra perspectiva, tenemos a Hans Kelsen, para quien el derecho subjetivo no es ni puede ser una realidad distinta de la norma; es el mismo derecho objetivo, en una relación *sui-generis* con un sujeto¹⁷⁶. Kelsen plantea la cuestión del siguiente modo:

¹⁷³ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 182.

¹⁷⁴ Dorantes Tamayo, Luis: *¿Qué es el Derecho? Introducción filosófica a su estudio*, 2ª. edición, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México D.F., 1977, págs. 113-114.

¹⁷⁵ Dorantes Tamayo, Luis: *¿Qué es el Derecho? Introducción filosófica a su estudio*, op. cit., págs. 113-115.

¹⁷⁶ Hans, Kelsen: *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Presentación de Domingo García Belaunde, Nota liminar de Emilio O. Rabasa y Bio-bibliografía de Hans Kelsen por José F. Palomino

¿cuándo puedo decir que el derecho objetivo se ha convertido en mi derecho subjetivo? El derecho objetivo transfiérase en derecho subjetivo cuando está a la disposición de una persona o sea, cuando aquél hace depender de una declaración de voluntad de ésta, la aplicación del acto sancionador. De aquí la definición: derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma¹⁷⁷.

Para Kelsen, al realizarse el supuesto jurídico «A», actualízase una primera consecuencia de derecho: la obligación de un sujeto «X» de observar la conducta «B». Por regla general el deber jurídico derivado de la norma secundaria es correlativo de una facultad de otro sujeto (*derecho a la prestación*). Si se realiza el segundo supuesto jurídico, es decir, si el obligado no ejecuta la conducta «B», nace el deber de un órgano del Estado, de aplicar a «X» la sanción «C». Ahora bien: cuando la aplicación del acto coactivo se hace depender de una declaración de voluntad de o otra persona, por ejemplo, del titular de la facultad correlativa del deber «X», puede decirse que esa persona, a quien llamaremos «Y», tiene un derecho subjetivo, ya que está autorizado por la norma para pedir que se sancione al obligado¹⁷⁸.

De tal modo, en Kelsen, la primera facultad (a la que suele darse el nombre de derecho a la prestación), sólo existe en cuanto existe la segunda (derecho de acción). Si la aplicación de la sanción no depende de una declaración de voluntad de un particular, no puede hablarse de derechos subjetivos¹⁷⁹. “Las dos formas subjetivas de manifestación del precepto jurídico se hallan entre sí en una relación de tal naturaleza, que el derecho de un sujeto se encuentra siempre dirigido hacia la obligación de otro, mas no a la inversa. Pues cada norma jurídica estatuye un deber, pero no siempre otorga un derecho, ya que la voluntad de que la sanción se aplique no depende necesariamente de una acción. El deber jurídico es por ende una forma subjetiva necesaria del precepto, mientras que el derecho subjetivo es sólo una forma posible de manifestación del propio precepto”¹⁸⁰.

Manchego, 3ª. edición revisada y corregida, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, págs. 25-27.

¹⁷⁷ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 185.

¹⁷⁸ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 185.

¹⁷⁹ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 186.

¹⁸⁰ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 186.

El positivismo considera que el derecho subjetivo como la facultad de hacer o no hacer algo, concedida por la ley a una persona. El derecho no se concibe al margen de los preceptos reconocidos o sancionados por la autoridad soberana (ya se trate de disposiciones legisladas o de reglas de origen consuetudinario)¹⁸¹.

Para la postura iusnaturalista, el derecho subjetivo deriva de las normas del derecho natural y, por ende, puede no hallarse reconocido o sancionado por la autoridad política. Esto no quiere decir, sin embargo, que existan derechos subjetivos no derivados de una norma; significa solamente que algunos derivan de reglas no positivas¹⁸².

En suma, sin entrar en detalles sobre las diferencias y características de cada una de las teorías existentes, se aprecia que existen elementos que caracterizan al derecho subjetivo. De tal forma, podemos sostener, siguiendo a García Máynez, el derecho subjetivo es la facultad, derivada de una norma (positiva o de derecho natural) que una persona tiene de hacer u omitir algo. Dicha facultad puede ser correlativa de un deber especial de persona o personas individualmente determinadas, o de un deber general de respeto, impuesto a todo el mundo frente al titular¹⁸³. Así, al referirse al derecho subjetivo, se hace referencia, a la facultad de un sujeto en conexión con el correspondiente deber de otro. A la facultad de esta especie podría dársele la denominación de derecho del pretensor, para distinguirla de la que atañe a la observancia del deber propio¹⁸⁴.

Desde otra perspectiva, se aclara su definición, si entendemos al derecho subjetivo como lo que corresponde o pertenece a cada hombre como suyo. Lo suyo puede ser considerado tanto desde el lado del sujeto como del que corresponde al objeto. Desde aquél se halla constituido todo aquello que su dignidad exige para que pueda lograr su fin dentro de las exigencias de la justicia; desde éste, significa lo que es atribuido, lo que pertenece a un sujeto, de acuerdo con lo que prescribe la norma. Tal prescripción señala el límite que debe existir entre la esfera del titular del derecho y de

¹⁸¹ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 192.

¹⁸² García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 192.

¹⁸³ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 190.

¹⁸⁴ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, op. cit., pág. 196.

los demás sujetos. La potestad que cada persona tiene sobre lo suyo se extiende hasta donde comienza la de los otros sobre lo que les pertenece¹⁸⁵.

Los elementos constitutivos del derecho subjetivo son la pertenencia de un bien o de un valor a una persona y el dominio o poder de disposición que sobre ellos le corresponde en orden a la realización de su fin racional. Sus notas extrínsecas son: la inviolabilidad y la exigibilidad de aquello es suyo. La protección que confiere el derecho subjetivo consiste en la garantía de inviolabilidad y en la exigibilidad mediante la acción. En consecuencia, puede definirse el derecho subjetivo como «la protección que otorga el orden jurídico a una persona garantizándole la inviolabilidad y la exigibilidad de lo suyo». El último concepto, comprendido en la definición anterior, no posee un significado absoluto. Lo suyo es aquello que se reconoce y se otorga a cada persona en justicia, cuyo contenido es la meta ideal del derecho¹⁸⁶.

Esta noción de derecho subjetivo, como derechos inspirados en la concepción individual liberal, han transitado desde esta vocación eminentemente individual, entendidos como derechos públicos subjetivos (Alemania), o de libertades públicas (Francia) a ser considerados como derechos fundamentales, que abarcan no solo la dimensión subjetiva o individual, sino como instituciones fundantes del orden constitucional, como valores objetivos de la comunidad.

En tal sentido, la noción de derechos fundamentales excede de la noción clásica de derechos de libertad entendida como derecho subjetivo, y acentúa con rigor la vertiente objetivo-institucional. Así, “los derechos fundamentales ya no son sólo un límite jurídico como derechos subjetivos frente a los poderes públicos, ya no son sólo un mecanismo de autodefensa de la sociedad frente al Leviatán que ha creado, tan imprescindible para garantizar el orden jurídico privado, como amenazante para su supervivencia. Además de esta dimensión subjetiva e, incluso, por encima de ella, tienen una clara dimensión objetiva. Son un elemento necesario del orden social, del ordenamiento jurídico y del Estado democrático. Y es éste un primer sentido que se

¹⁸⁵ Alzamora Valdez, Mario: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 10ª. edición, Editorial y Distribución de Libros S.A., Lima, 1987, págs. 162-163.

¹⁸⁶ Alzamora Valdez, Mario: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, págs. 163-164.

desprende de la fórmula política, de la decisión fundamental de construir el Estado como social y democrático de derecho”¹⁸⁷.

Una definición teórica, puramente formal o estructural, que se ha propuesto sobre los derechos fundamentales, y abarca de forma completa sus elementos, es la siguiente: “son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponde universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendido por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídica y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”¹⁸⁸.

De ahí que, los derechos fundamentales están indisolublemente vinculados al ser humano, ser que ostenta derechos naturales, a los cuáles se les denominará derechos humanos, los mismos que exceden a todo orden jurídico-político. Para nosotros, siguiendo a Pérez Luño, los derechos humanos *son «un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional»*, definición que se hace en función de la dignidad humana¹⁸⁹.

4.7. LOS DERECHOS Y SU EFICACIA JURÍDICA

Se adopte una u otra visión, los derechos subjetivos son atribuciones vinculantes ante el Estado, la comunidad y otras personas. Su efecto vinculante, enmarcándola en el mundo jurídico, es similar a la de una ley o sentencia judicial, existen en el mundo jurídico y éste le otorga, dentro de dicho ámbito, las garantías para la defensa ante su vulneración y para el goce ante su incumplimiento. Y, por supuesto, ésta defensa y

¹⁸⁷ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado social”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 23, núm. 69, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 154.

¹⁸⁸ Ferrajoli, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 3ª. edición, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pág. 19.

¹⁸⁹ Pérez Luño, Antonio-Enrique: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, págs. 11, 25 y 48.

ejercicio debe ser jurídica, la misma que incide en la realidad, se concretiza en la cotidianeidad, en la normalidad.

De lo cual, se tiene, que además del elemento jurídico del derecho subjetivo, existe otro elemento que interviene, el primero de ellos, como se acaba de indicar es su manifestación jurídica. El otro elemento a tener en cuenta, y que está vinculado a su ejercicio o goce en la realidad, son las condiciones o circunstancias en la cual se va a concretizar el derecho subjetivo; el mismo, expresándolo en otros términos, está constituida por la plasmación de la esfera de atribuciones en la realidad, o por las condiciones fácticas (instituciones de índole cultural, social, económica, política, tecnológica, presupuestaria, geográfica, etc.,) que permitían su ejercicio, o de lo contrario, previamente habría que implementarlos o según sea el caso remover dichas condiciones. De tal forma, el derecho subjetivo, reconocido por el ordenamiento jurídico, por su fuerza vinculante o eficacia jurídica (naturaleza jurídica) se concretizará en la realidad (goce o ejercicio del derecho), o en su defecto, obliga a implementar, previamente en la realidad, las condiciones o establecer los requisitos o remover los obstáculos existentes para que la eficacia jurídica del derecho también sea una eficacia fáctica, es decir, tenga una concretización en la realidad el derecho subjetivo.

Los derechos subjetivos, así vistos, cuentan con eficacia jurídica y los mismos pueden ser tutelados por ejemplo por los jueces u órganos jurisdiccionales en general, de tal manera que en principio su reconocimiento jurídico (constitucional, legal, judicial, contractual, etc.) ya los dota de eficacia en el mundo jurídico, por lo que son susceptibles de ser protegidos por los órganos competentes que ejercen la función jurisdiccional, de lo contrario, estaríamos frente a la paradoja o inconsistencia en el orden jurídico: ¿de que hay derechos, valga la redundancia, que no tienen una manifestación o naturaleza jurídica, cual es, su eficacia jurídica! Así, estaríamos ante derechos –o un elemento del ordenamiento jurídico– que tienen la denominación o nombre, pero no su naturaleza o características, tendrían relevancia (denominación) jurídica, pero no naturaleza jurídica: eficacia jurídica.

Por ello, un ámbito es la manifestación jurídica de los derechos subjetivos, por lo que se acepta que todos ellos tienen relevancia jurídica; y, otro ámbito o secuencia, es su eficacia o concretización fáctica, que tiene en cuenta las características, condiciones

o ámbitos en el cual se va a aplicar o desenvolver, en otros términos: el goce fáctico del derechos subjetivo, su plena vigencia.

Todos los derechos que existen en el ordenamiento jurídico, tienen relevancia y naturaleza jurídica, gozan de eficacia jurídica. A lo cual, no son ajenos los denominados derechos programáticos o de eficacia jurídica diferida, o heteroaplicativos o de configuración legal, o que están contenidos en normas principio¹⁹⁰. Estos derechos cuentan plenamente con relevancia y tienen una naturaleza jurídica: eficacia jurídica directa e inmediata. Lo único que está, en todo caso, condicionado o «diferido», o por programar, hablando en sus términos, es su concretización o goce material o fáctico, ya sea por motivos extrajurídicos o, en todo caso, por falta de la intervención de otros elementos jurídicos: presupuesto, institucionalidad administrativa, previsión legal, infraestructura, etc.

¹⁹⁰ Los principios se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa; consisten, pues, en palabras de M. Aragón en fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas; lo que equivale afirmar que los principios no siempre constan explícitamente en el texto constitucional, pero que pueden fácilmente deducirse del mismo a través de una interpretación estructural y sistemática. En suma, los principios son instituciones con proyección normativa de las cuales se extraen reglas jurídicas. Los principios constitucionales tienen las siguientes características estructurales: son normas inferidas de una interpretación operativa sobre las reglas constitucionales, constituyen proyecciones normativas a partir de elementos reglados, contienen gérmenes de reglas indeterminadas, pero predictibles, sus elementos estructurales son permanentes y entre los principios no existe relación jerárquica a nivel estructural. Corresponde al legislador concretar los principios constitucionales en reglas y al intérprete jurisdiccional aplicar las reglas inferidas de los mismos, pero con menor grado de discrecionalidad que el legislador, ya que el contenido material de los principios determinará el sentido de las reglas durante el proceso de interpretación. *Vid.* Freixes Sanjuán, Teresa y Remotti Carbonell, José Carlos: “Los valores y los principios en las interpretaciones constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 35, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 99, 102 y 103.

De otro lado, se distinguen (acuñada primeramente por Ronald Dworkin y desarrollada luego por Robert Alexy) las reglas y los principios, en que éstos contienen un deber *prima facie*, las reglas un deber definitivos. Cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de un principio, una regla no puede simplemente retrotraerse en un caso individual. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas se subsume. Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez. La dimensión de peso propia de los principios le falta las reglas, que son determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible. Los principios, en cambio, presentan un objeto de optimización, el cual puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son por ello gradualmente realizables. El grado de realización y la importancia de dicha realización determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión de principios. Entre el carácter principalista de una norma y el principio de proporcionalidad en sentido *lato* existe una relación de implicación recíproca: el carácter principalista implica el principio de proporcionalidad en sentido *lato* y viceversa. *Vid.* Borowski, Martin: “La restricción de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 59, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 35.

Realidad fáctica a la cual, a partir de la eficacia jurídica que goza el derecho subjetivo estatuido por el ordenamiento jurídico, se ha de requerir para que los órganos competentes, desde un requerimiento jurisdiccional (sentencia) o legislativo (normativo) implementen, remuevan o viabilicen las condiciones para concretizar fácticamente el derecho programático o diferido.

De tal manera, en los derechos subjetivos existe una dimensión jurídica que lo hace vinculante y obligatorio en el mundo o campo jurídico, y otra dimensión, una dimensión fáctica, que es una secuencia o etapa, de la concretización jurídica del derecho subjetivo, pero se da en la realidad. Algunos derechos subjetivos ya cuentan con las condiciones materiales o fácticas, y por ello son eficaces jurídica y fácticamente de forma directa e inmediata. En cambio, también existen derechos subjetivos que cuentan con una eficacia jurídica, ya por haber sido reconocidos por el ordenamiento jurídico o ya por ser fundados en este, o en la dignidad de la persona humana, o en el tipo de Estado, pero requieren de determinadas actuaciones o requerimiento materiales para su eficacia en la realidad, para su concretización fáctica.

En tanto, porque el derecho no absorbe la realidad, sino es parte de esta, y el problema de los derechos subjetivos, en especial de los que requieren de una prestación o condición, el problema no está en su eficacia jurídica, sino en su concretización fáctica en la realidad, que no es otra cosa, que el pleno goce del derecho subjetivo prestacional. Posición que será resuelta en el Estado, a partir de la delimitación de sus competencias y funciones, y como mecanismo de realización en su máxima expresión de la condición humana.

CAPÍTULO V

EL ESTADO SOCIAL EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y PERUANO

El Estado moderno, definido como un Estado de Derecho, a partir del siglo XX ha adoptado caracterizaciones singulares, una de ellas es su calificación como Estado social de Derecho. La caracterización de Estado social de Derecho viene determinada por la Constitución. La Constitución contiene disposiciones definitorias del orden político. Una de estas disposiciones definitorias son las que regulan y definen al Estado como Estado social de Derecho.

Las normas definitorias de la Constitución, son normas de organización, sus implicancias hermenéuticas permiten la comprensión integrada y sistemática del conjunto de preceptos que se refieren al complejo institucional y suponen un instrumento estructurador del ordenamiento constitucional¹⁹¹. Lo que hacen estas fórmulas definitorias es establecer el régimen político, pero implican también simultáneamente una referencia a los valores, ideologías u opciones políticas que dicho orden institucional, del que son expresión, pretenden realizar, y tienen por ello una evidente dimensión obligatoria. El régimen político en este sentido es el primer principio jurídico, el principio más general, que tiene naturaleza y eficacia

¹⁹¹ Solozabal Echevarria, Juan José: "Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales (A propósito de la calificación del Senado como Cámara de representación territorial)", Revista de Estudios Constitucionales, año 5, núm. 15, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 88.

constitucional y domina todo el ordenamiento del Estado, al que se debe tener presente tanto en la interpretación de las leyes como en la actuación de todo poder discrecional¹⁹².

La denominación del Estado moderno como Estado social de Derecho, no es una mera descripción del tipo o modelo de Estado, es un mandato de optimización que se ha de reflejar en cada una de las actuaciones del Estado y en la propia protección y ejercicio de los derechos constitucionales de la persona. A continuación veamos cuales son las implicancias y las funciones de la fórmula de Estado social de Derecho del Estado moderno.

5.1. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El surgimiento del Estado social está ligado a la superación del Estado liberal y a los problemas que éste no resolvió en razón de su configuración y actuación abstencionista. El Estado social representa la puesta en funcionamiento de un creciente intervencionismo público en el orden económico, que corre paralelo al reconocimiento de un sistema universal de prestaciones públicas¹⁹³. “El viejo Estado no se podía limitar ahora a una vigilancia de las calles y de las carreteras, a una policía civil, a una seguridad para el exterior, sino también a un mínimo de políticas que cubriesen aspectos básicos como la ocupación laboral, la sanidad –que no costase o que costase muy poco– y algunas garantías para el paro, cuando esto sucedía. Y la vejez asegurada”¹⁹⁴.

Mientras el Estado (liberal) de Derecho proporciona seguridad jurídica a las personas individuales o naturales, la nueva fórmula –el Estado social–, sin negar lo anterior, va a proporcionar también seguridad, pero con una diferencia: seguridad en el contexto social, es decir seguridad frente a la vejez, el paro, la enfermedad y otras situaciones de desamparo¹⁹⁵.

¹⁹² Solozabal Echevarria, Juan José: “Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales (A propósito de la calificación del Senado como Cámara de representación territorial)”, *op. cit.*, pág. 89.

¹⁹³ Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo: “El Estado social autónomo: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los estatutos de autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 65, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 11.

¹⁹⁴ García Belaunde, Domingo: “El Estado social re-visitado”, *Ius Inkarri*, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma*, núm. 1, Lima, 2012, pág. 31.

¹⁹⁵ Ojeda Marin, Alfonso: *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, S.A., Madrid, 1996, pág. 19.

El Estado inhibicionista deja paso al Estado intervencionista, dando lugar a un nuevo modelo de Estado que se conocerá como Estado social del Derecho¹⁹⁶. Mientras la concepción liberal supuso la separación formal entre Estado y sociedad civil, el Estado social va a terminar con ese divorcio, toda vez que los poderes públicos intervienen como principales protagonistas en la búsqueda del bienestar social, y la sociedad (partidos políticos, grupos de interés, entidades sociales de base privada, medios de comunicación social) participan en tareas de gestión y control públicos¹⁹⁷.

El Estado social, se puede apreciar desde las siguientes perspectivas. Por un lado, aquélla en que el Estado preocupado del bienestar de sus «súbditos» interviene en la vida social buscando el progreso general, intervención que irá desde la simple creación de un marco básico en el que se desarrolla la iniciativa individual, hasta la prestación directa de servicios públicos de la más variada índole, por otro lado, aquélla en que la actividad estatal que incide en la sociedad no es otra cosa sino la respuesta a las exigencias derivadas de los derechos sociales que los textos constitucionales van progresivamente reconociendo a los ciudadanos, progresión que no sólo se refiere al número de tales derechos, sino a la calidad del servicio público, a su grado de exclusividad en la prestación y a sus limitaciones, principalmente económicas¹⁹⁸.

El Estado social, no trata de eliminar los obstáculos heredados de la organización social y política anterior, sino de responder a las exigencias generadas por el propio desarrollo de la sociedad nueva, de la sociedad civil. El proceso de constitucionalización del Estado de Derecho era en buena medida para el proceso de liberación de la sociedad civil de las ataduras del antiguo régimen. El Estado social hace referencia a la sociedad civil totalmente liberada y que se mueve según sus propias leyes¹⁹⁹.

De esta forma, el propio desarrollo de la sociedad industrial la condujo: 1) A la separación prácticamente absoluta de los individuos de sus condiciones inmediatas de trabajo y de subsistencia, de tal suerte que el ser humano en cuanto individuo se reproduce no en el intercambio con la naturaleza, sino en el intercambio con la sociedad

¹⁹⁶ García Belaunde, Domingo: "El Estado social re-visitado", *op. cit.*, pág. 31.

¹⁹⁷ Ojeda Marin, Alfonso: *Estado social y crisis económica*, *op. cit.*, pág. 21.

¹⁹⁸ Díez Moreno, Fernando: *El Estado social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 27.

¹⁹⁹ Pérez Royo, Javier: "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 4, núm. 10, enero-abril, Madrid, 1984, págs. 157-181.

y, en consecuencia, depende en su vida ordinaria cada vez en mayor medida de prestaciones sociales, de prestaciones suministradas por el representante de la sociedad, por el Estado; 2) A la socialización del proceso productivo como resultado de lo cual aumentan las condiciones generales de la producción individual que tienen que ser suministradas por la sociedad en su conjunto, es decir, por el Estado, lo cual conduce al consiguiente incremento de la actividad estatal y a la importancia cada vez mayor del sector público; y, 3) A la creación de un orden mundial, planetario, en el que el tema de la seguridad interna aparece inextricablemente unido al de la seguridad exterior, a las relaciones internacionales, con el consiguiente reforzamiento del poder del Estado²⁰⁰.

Desde estas perspectivas, los perfiles básicos que van a caracterizar al Estado social son: En *primer lugar*, la intervención pública en la economía con vistas a mantener sino el pleno empleo, en todo caso un alto nivel de ocupación. En *segundo lugar*, el establecimiento y gestión de un conjunto de servicios sociales (educación, vivienda, sanidad, seguro de desempleo, etc.) con cargo al erario público. Y, en *tercer lugar*, compromiso político de mantener un nivel mínimo de vida –el mínimo vital garantizado–, entendido como un derecho social que se exigirá judicialmente según el grado de concreción previsto en las leyes, y no como obra de caridad pública²⁰¹.

A continuación veamos las distintas denominación que ha tenido el Estado caracterizado por su participación permanente en la actividad económica y en la sociedad civil, así como la función de buscar garantizar una mínimo vital o la procura existencial de sus ciudadanos.

5.1.1. ESTADO SOCIAL

El Estado social aparece en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, con distintas denominaciones²⁰² según el ámbito de su análisis: la sociología política lo denominó Estado de bienestar o *Welfare State*, la teoría jurídico constitucional lo denomina como Estado social y democrático de Derecho; en la técnica económica como

²⁰⁰ Pérez Royo, Javier: “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social”, *op. cit.*, pág. 161.

²⁰¹ Ojeda Marin, Alfonso: *Estado social y crisis económica*, *op. cit.*, pág. 35.

²⁰² Vid. García Belaunde, Domingo: “El Estado social re-visitado”, *op. cit.*, págs. 32-33.

Estado de economía mixta; en el ámbito de las relaciones industriales o laborales como democracia económica o social²⁰³.

El constitucionalismo económico devino de un modelo inspirado en la Constitución de Weimar la que propugnaba por una transformación del orden social y económico a través de una rígida y exhaustiva codificación de instituciones socioeconómicas, tanto públicas como privadas, desde las cuales poder dirigir e imponer jurídicamente aquel proceso; el nuevo constitucionalismo, fruto de un compromiso político y del pluralismo ideológico, satisface sus pretensiones con la consagración en el texto constitucional de normas de principio de marcado carácter declarativo sobre fines sociales o de rechazo del orden económico liberal: la incorporación de los llamados «Derechos sociales» concebidos no como esferas privativas de los ciudadanos, sino como prestaciones u obligaciones a asumir progresivamente por el Estado, junto con la previsión de medidas facultativas de nacionalización por exigencias del interés general y colectivo²⁰⁴.

Así tenemos, “la construcción teórica del concepto de Estado social arranca de la crítica del Estado liberal burgués y de sus presupuestos iusnaturalistas, idealistas y racionalistas, que contemplaban al hombre como un ser abstracto, con una dignidad radical, de la que se deriva el derecho al libre despliegue de la personalidad, y que trata de garantizar más allá del estado de naturaleza, la armonización entre la libertad individual y la naturaleza social de nuestra existencia, donde el principio de autonomía de la voluntad se hace fuente, si no exclusiva, sí básica, del Derecho”. Donde, “todos los seres humanos se encuentran en igualdad de condiciones para pactar sus obligaciones y sus derechos, que no nacen sino del ejercicio de la libertad personal, y la garantía de ese orden social nacido del derecho privado y del principio de autonomía de la voluntad, queda cabalmente en el Estado, al que por cierto, somete a fuertes límites y a fuertes restricciones, tanto en sus funciones de ser garante de la conservación del orden social, como en sus limitaciones, sujeto a un escrupuloso respecto de la libertad individual,

²⁰³ Fernández-Espinar y López, Luis Carlos: “Constitución y sistema económico”, Revista Española de Estudios Constitucionales, año 6, núm. 18, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986, pág. 234.

²⁰⁴ Fernández-Espinar y López, Luis Carlos: “Constitución y sistema económico”, *op. cit.*, págs. 234-235.

desde aquí se explica el sentido de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos frente al Estado y la teoría de la división de poderes²⁰⁵.

Entonces, las críticas al Estado liberal se manifiestan desde una perspectiva sociológica y socialista.²⁰⁶ Frente a los conceptos racionalistas de igualdad y de libertad, se oponen las libertades y las igualdades reales. Frente a la idea del ser humano como ser abstracto y abstraído de la historia, se opone el ser concreto, instalado en determinadas circunstancias sociales. Frente al concepto de libertad como dato dogmático y *a priori* ético, se contraponen la libertad como situación social, como posibilidad de comportamiento que viene condicionada por circunstancias existenciales, de la insuficiencia de las libertades contractuales y el principio de autonomía de la voluntad ante situaciones de clara dominación socioeconómica, manifestándose como un puro sarcasmo, una ficción que cumple una función conservadora: retroalimentar la desigualdad social²⁰⁷.

En este proceso, con la procura del Estado liberal democrático, alcanzado por el sufragio universal y la generalización de los derechos de participación política, los sectores sociales marginados, los excluidos de las libertades reales, utilizando los derechos de participación democrática, trataron de imponer en el Estado un mínimo de igualdad material y universalizar el derecho al libre despliegue de la personalidad. La consecuencia de estas pretensiones socioeconómicas, que conducirán al Estado de bienestar, tendrá su plasmación jurídica en la cláusula del Estado social de derecho²⁰⁸ en las constituciones modernas.

Contexto que nos permite comprender la función histórica del Estado social, el cual consistía en integrar, respetando los derechos fundamentales de la persona humana, a la clase obrera dentro de la nación. Asimismo, postula el *Sozialer Rechtsstaat* como alternativa tanto a la dictadura económica burguesa del capitalismo liberal como a la teoría leninista, considerándolo como un medio de restringir la dinámica de la sociedad capitalista y emancipar a la clase trabajadora²⁰⁹.

²⁰⁵ Para ambos, *vid.* Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, págs. 148-149, respectivamente.

²⁰⁶ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, pág. 149.

²⁰⁷ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, págs. 149-150.

²⁰⁸ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, págs. 150-151.

²⁰⁹ Ojeda Marín, Alfonso: *Estado social y crisis económica*, *op. cit.*, págs. 14-15.

5.1.2. ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL

El Estado producto del liberalismo, que se caracteriza por justificar el poder en la voluntad popular, donde ya no existe un soberano omnipotente, no necesariamente en su orígenes era un Estado democrático. Las características propias del primigenio Estado de Derecho venía por estar estructurado en base a una tripartita división de poderes, por reconocer ciertos derechos inalienables como la vida, la igualdad, la libertad y la propiedad, aunque su organización y funcionamiento venía determinado por los actos del Parlamento, en tanto era un Estado gobernado por las leyes. Pero este Parlamento, no era producto de una elección universal, sino era producto de un voto censitario o clasista. La legitimación en la voluntad popular, en los términos de universalidad, se logrará recién con el sufragio universal, en estos términos la libertad individual del liberalismo clásico, se verá acompañada ahora de la igualdad democrática.

Aunque el liberalismo y la democracia tienen como preocupación fundamental la libertad, no se puede sostener que se trata sólo de dos perspectivas distintas, negativa y positiva, de una misma idea de libertad. Una y otra enfocan objetos diferentes; la primera, el individuo y su libertad; la segunda, la sociedad y su libertad, la de todos y cada uno de sus miembros. El liberalismo busca la protección de la libertad individual e instrumenta la libertad de participación como medio de asegurarla. La democracia busca la libertad de todos, por lo que convierte la libertad de participación en la máxima libertad del ciudadano. La igualdad constituye también objeto de la democracia, pero en cuanto cualidad inherente a su concepto de libertad²¹⁰.

Expresión que se manifiesta en el mandato constitucional de organización y funcionamiento interno democrático de los partidos políticos y sindicatos, dada la conexión con la forma de Estado una justificación más amplia que la permanente referencia a su relación con la formación de la voluntad general, así como la participación²¹¹.

²¹⁰ Bastida Freijedo, Francisco J.: "Elecciones y Estado democrático de Derecho", Revista Española de Derecho Constitucional, año 11, núm. 32, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 123.

²¹¹ Cascajo Castro, José Luis: "El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español", Revista Española de Derecho Constitucional, año 23, núm. 69, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 120.

Desde esta perspectiva, Hesse, sostiene “el principio democrático se configura así como el principio fundamental del proceso político del que emanan y en el que se legitiman los poderes del Estado, supone y posibilita una dominación de continuación transpersonal, conlleva una forma de racionalización del proceso político, y es también, en el contexto de las funciones constitucionales, una forma de limitar al poder estatal”²¹². Para Kriele, “el principio democrático implica que la Constitución reconoce el poder constituyente del pueblo, que éste es el titular del poder del Estado y en el Estado, la igualdad democrática no es un principio contra la libertad sino una garantía, dada la imposibilidad de neutralidad en el proceso político, existe una construcción de la voluntad popular a través de los partidos, la opinión pública y las asociaciones que determina la formación de los órganos del Estado e informa y controla sus decisiones, la publicidad no es participación directa en la decisión, pero sí transparencia en el procedimiento y en la interpretación de la misma”²¹³.

El Estado democrático está conectado directamente con los derechos fundamentales, relación que se da a través de la constitución normativa, soberanía popular, ámbitos de libertad y control del poder²¹⁴, el mismo que puede ser traducido en una relación trimembre entre derechos, control de constitucionalidad y legislación parlamentaria²¹⁵.

La democracia además de ser un fundamento de legitimidad del orden constitucional, es también principio de legitimación del ejercicio del poder político. Un Estado democrático –nos dice García Pelayo– es aquél en donde el pueblo es fuente de la que emanan los poderes estatales, más concretamente, donde los ciudadanos participan en la toma y control de las decisiones del Estado²¹⁶. En el estadio actual, nuestra democracia es una democracia representativa y popular, los titulares del poder son representantes del pueblo, elegidos democráticamente, mediante la participación democrática de los ciudadanos realizada por el derecho de sufragio, y de otro lado, los

²¹² Citado por Cascajo Castro, José Luis: “El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español”, *op. cit.*, pág. 121.

²¹³ Citado por Cascajo Castro, José Luis: “El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español”, *op. cit.*, pág. 121.

²¹⁴ Cascajo Castro, José Luis: “El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español”, *op. cit.*, pág. 123.

²¹⁵ Cascajo Castro, José Luis: “El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español”, *op. cit.*, pág. 124.

²¹⁶ Cascajo Castro, José Luis: “El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español”, *op. cit.*, pág. 125.

poderes públicos se organizan y se ejercen como consecuencia de la voluntad popular, o se atribuyan a él, el poder tiene un origen popular. En esta medida el Estado democrático procura, conforme indica Garzón, “asegurar el mayor grado de libertad en igualdad, lo político debe tener prioridad sobre lo económico, no abdicar de la condición de ciudadano y tener en cuenta que la democracia es sólo justificable si se somete a restricciones constitucionales”²¹⁷.

Es pertinente resaltar que en el Estado democrático, la mayoría tiene que justificar sus decisiones frente a la minoría intentando acercarse al mismo tiempo a las exigencias de bien común de toda la ciudadanía, en el marco del pluralismo cultural, con el fin de asegurar al mismo tiempo el ejercicio de la autonomía pública y privada, a la vez que pretende la formación de una voluntad política pública menos anónima o secuestrada por partidos políticos y otros grupos sociales mediáticos y económicos²¹⁸.

La democratización del Estado significa, entonces, la complementación del principio de libertad por el principio de igualdad, es decir, la introducción del voto universal e igualitario, el desarrollo de un sistema de partidos democráticos en sí, la estructuración de los derechos de colaboración política en forma de partidos, asociaciones, órganos administrativos autárquicos, la formación de la opinión pública, además de asegurar las condiciones reales de libertad para todos (lo que nos otorga el principio del Estado social), impedir la concentración del poder y su control democrático, etc.²¹⁹.

Teniendo el Estado contemporáneo como base una sociedad pluralista y participativa, el Estado social se constituye en el agregado necesario, dando lugar al Estado social y democrático de Derecho. El Estado democrático aporta no sólo derechos de libertad que garanticen una esfera de autonomía del individuo frente al Estado (*status libertatis*) sino también el derecho a participar en la formación de la voluntad estatal (*status activae civitatis*)²²⁰, mediante el principio de igualdad, principio que garantiza que sea el pueblo, y no una parte del pueblo, el que tiene el poder estatal, y que los órganos del Estado, en especial el Parlamento, ejerzan el poder en representación, al

²¹⁷ Cascajo Castro, José Luis: “El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español”, *op. cit.*, pág. 135.

²¹⁸ Cascajo Castro, José Luis: “El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español”, *op. cit.*, pág. 136.

²¹⁹ Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, *op. cit.*, pág. 322.

²²⁰ Ojeda Marin, Alfonso: *Estado social y crisis económica*, *op. cit.*, pág. 21.

servicio y en interés del pueblo, y no de una parte del pueblo. El núcleo de la legitimación democrática es la elección periódica, las prerrogativas del legislador electo y la obligación de respetar la ley para todos los órganos del Estado²²¹.

De este modo, “dejando de la lado si las notas de Estado social, democrático y de Derecho han de considerarse aisladamente o en conjunto vienen a constituir un todo distinto de la suma de las partes, parece que predicar el carácter democrático del Estado supone introducir un nuevo elemento, cuya posición respecto a los otros dos puede resultar determinante en cuanto a la concepción de todo el sistema. Si el Estado de Derecho supone la afirmación de una garantía irrenunciable frente a los poderes públicos de un área de derechos y libertades, y si el Estado social supone un mandato inexcusable de intervención y configuración por el Estado de la realidad y el orden económico, no es menos cierto que el principio democrático supone, sin duda, colocar a la voluntad popular como *ultima ratio*, y como legitimación de todo el sistema. De modo que tanto los límites del Estado social como del Estado de Derecho aparecerán como fronteras sometidas a las determinaciones de esa voluntad popular, y la cuestión sería no tanto la tensión entre derechos y libertades «clásicos», por un lado, y capacidad conformadora e igualizante del Estado, por otro, sino más bien hasta qué punto ambos elementos son dependientes, en su configuración y alcance, de la voluntad popular”²²².

Para un sector de la doctrina, la compatibilidad del Estado de Derecho con el Estado social²²³ se manifiesta en los siguientes puntos²²⁴:

1º En que de la cláusula del Estado social no es posible deducir pretensiones jurídicas inmediatas por parte de los ciudadanos.

2º Que es en el desarrollo legislativo del Estado social donde la fórmula desarrolla su eficacia práctica.

²²¹ Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, op. cit., pág. 322.

²²² López Guerra, Luis: “Estado social y reforma administrativa. Comentarios a «Estado social y Administración pública», de L. Párejo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 10, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 295.

²²³ Una visión histórico comparativa de los orígenes del Constitucionalismos social se puede apreciar en el trabajo de Pérez Ayala, Andoni: “Los orígenes del constitucionalismo social. Una aproximación desde una perspectiva histórico comparada”, en García Herrera, Miguel Ángel (dir.): *El constitucionalismo social en la crisis del Estado social*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, págs. 333-371.

²²⁴ Pérez Royo, Javier: “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social”, op. cit., pág. 166.

3º En la reducción de la cláusula del Estado social en buena medida a un simple elemento de interpretación de las normas infraconstitucionales y a un criterio orientador de la actividad de los poderes públicos.

4º En la interdependencia que se establece entre la efectividad de la fórmula Estado social y la coyuntura económica.

En general, desde esta postura, se puede afirmar que la doctrina dominante, como señala Pérez Luño, tiende a resaltar el carácter restrictivo con que ha de orientarse la interpretación de la cláusula del Estado social, interpretación que debe evitar que se generen ilusiones que después resultan imposibles de cumplir²²⁵.

5.1.3. ESTADO DE BIENESTAR Y ESTADO PROVIDENCIA

Entre Estado social –visión jurídica– y el Estado de bienestar –visión empírica– existe una relativa autonomía y potencial independencia, “el objetivo o la finalidad perseguida por la incorporación constitucional de la cláusula del Estado social, sea una «apertura de posibilidades» hacia formas (notablemente indeterminadas) del Estado de bienestar, ni lo garantiza ni, podrá garantizarlo sin una seria desnaturalización de la función constitucional y sin comprometer el Estado de derecho y la democracia pluralista. Y, a la inversa, la consecución de un Estado de bienestar es perfectamente posible sin que la Constitución incorpore cláusula alguna referida al Estado social de Derecho e, incluso (al menos en los aspectos materiales de protección ante el infortunio, acceso a la educación y a la cultura y aseguramiento de una mínimo existencial) sin que exista una auténtica Constitución democrática merecedora de tal nombre”²²⁶. Es decir, en los términos expresados por Rubio Llorente, puede existir un Estado social que no sea Estado democrático ni Estado de derecho²²⁷.

Los cimientos del Estado de bienestar son contradictorios, los socialistas, conservadores, cristiano-demócratas, católicos, incluso liberales, asumían no sólo la necesidad de un control político de la economía, sino sobre todo la necesidad de reorientar los mecanismos de redistribución de la riqueza a favor de los

²²⁵ Pérez Royo, Javier: “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social”, *op. cit.*, pág. 166.

²²⁶ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado Social”, *op. cit.*, pág. 141.

²²⁷ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado Social”, *op. cit.*, pág. 141.

desfavorecidos²²⁸. Los conservadores asumen el Estado de bienestar como ejercicio de un paternalismo altruista o como un mecanismo burgués de autodefensa frente al avance de la lucha de clases y de los movimientos revolucionarios²²⁹.

El Estado de bienestar no es construido de forma exclusiva por sectores conservadores como la de Bismark, a quien se debe la primera promoción de un amplio sistema de protección social: seguro de enfermedad y de accidentes de trabajo, invalidez y de vejez, completado luego con seguros de defunción, viudedad y orfandad. O la derecha reaccionaria, sino piénsese en las políticas sociales del fascismo, de Mussolini, de Salazar o de Franco, incluso las del propio Hitler, como forma de limitar las consecuencias de la lucha de clases o movimientos sociales. También los sectores progresistas y democráticos contribuyeron de forma decisiva en su formación, piénsese en las políticas keynesianas de Roosevelt desde 1932, las políticas del laborismo británico desde la Segunda Guerra Mundial o las políticas de la socialdemocracia sueca desde su acceso al poder, en las cuales encontramos políticas de procura existencial, de corte socialdemócrata, absolutamente respetuosas con la tradición constitucional y con el Estado de derecho²³⁰.

Según Hayek, el término «estado providencia» es relativamente nuevo en el idioma inglés y, probablemente, hace veinticinco años, todavía era desconocido en Gran Bretaña (se refiere el autor a los años veinte del siglo XX). Procede del término alemán *Wohlfahrstaat* empleado como variante del concepto *Polizeistaat*. Los historiadores del siglo XIX fueron, al parecer, los primeros en utilizarlo así, para describir los aspectos más favorables del Gobierno del siglo XVIII. La moderna concepción del Estado benefactor fue objeto de total desarrollo, también por primera vez, a partir de 1870, por el academicismo germánico de la *Socialpolitiker* o “socialismo de cátedra”, y, como se indicó líneas arriba, precisamente fue Bismark, el primero en llevarlo a la práctica. Procesos similares fueron preparados en Inglaterra por fabianos y teóricos como Figou y L.T. Hobhouse, y los aplicaron Lloyd George y Beveridge. En Estados Unidos, F.D. Roosevelt siguió los pasos de Bismark y Lloyd George y el uso hecho por el Tribunal

²²⁸ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado Social”, *op. cit.*, pág. 143.

²²⁹ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado Social”, *op. cit.*, pág. 144.

²³⁰ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado Social”, *op. cit.*, págs. 144-145.

Supremo a partir de 1937 de la cláusula general *welfare* de la Constitución condujo a la adopción del término *welfare state*²³¹.

Después de la Segunda Gran Guerra se manifiesta de forma más extrema el Estado de bienestar, se trata ahora de superar los cinco grandes males que aquejan a la humanidad: la ignorancia, la enfermedad, la suciedad, la ociosidad y la indigencia. Se busca la desaparición de la necesidad humana y en la consecución del pleno empleo, sin planificación económica o socialismo, se deja la dirección de la empresa en manos de la iniciativa privada, procura la generación de la riqueza y proporciona una plataforma para el progreso personal²³².

La cuestión sobre la función del Estado de garantizar el bienestar de los ciudadanos, viene a estar fijada por el rol participativo, activo o prestacional del Estado. El Estado “interviene, tanto en el orden social prestando servicios y satisfaciendo necesidades sociales como en el orden económico estrictamente dicho, planificando de forma indicativa los recursos públicos y privados”²³³.

Se trata de una transformación estatal de enorme magnitud, se deja a un lado la etapa liberal del capitalismo caracterizado por el «*laissez faire*», mercado autoregulado y ley económica de la oferta y de la demanda, conforme cuyos principios el Estado no intervenía en la sociedad. Para, pasar a una función positiva o de acción, con la finalidad de cubrir las necesidades materiales y morales fundamentales de los ciudadanos (trabajo, seguridad social, vivienda, educación), mediante la institucionalización de la protección asistencial y social a los trabajadores, mediante un compromiso político y pragmático entre el sistema económico capitalista de mercado y la exigencia de la justicia social.

²³¹ Vid. Díez Moreno, Fernando: *El Estado social*, op. cit., pág. 28. Asimismo, diversos países europeos acometían un conjunto de legislación social avanzada, como es el caso del Frente Popular francés en 1936 (subsidios de paro, reducción de la jornada laboral, vacaciones pagadas, etc.). En España con la Segunda República se culminaron proyectos de unificación de los seguros sociales y a nivel intervencionista, el Manifiesto del Frente Popular de 1936, optaba por una política de reconstrucción económica y de fomento de obras públicas subordinada al interés general de la economía. En Suecia, con la llegada de la socialdemocracia al poder en 1932, se fragua el modelo escandinavo de economía mixta, se manifiesta en los acuerdos de Saltsjöbaden de 1938, entre el trabajo y el capital. Vid. Abellán, Ángel-Manuel: “La problemática del Estado de bienestar como fenómeno internacional”, en García Herrera, Miguel Ángel (director): *El constitucionalismo social en la crisis del Estado social*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pág. 188.

²³² Abellán, Ángel-Manuel: “La problemática del Estado de bienestar como fenómeno internacional”, op. cit., pág. 192.

²³³ Abellán, Ángel-Manuel: “La problemática del Estado de bienestar como fenómeno internacional”, op. cit., pág. 184.

El compromiso, parte de reconocer que el mercado, por sí solo, no es capaz de resolver las crisis financieras, como por ejemplo la crisis de 1929, donde las altas tasas de paro implicaban una disminución de la demanda efectiva y una recesión de la actividad económica que acentuaba todavía más la espiral del paro y por consiguiente el subconsumo²³⁴, lo cual hacía necesaria la intervención del Estado en la orientación y control del proceso económico, a través principalmente de la inversión, del ahorro y de la propensión a consumo²³⁵.

En esta línea el Estado se ve abocado, no sólo a orientar la inversión y el consumo, mediante el gasto público y social, y las obras públicas, sino a participar más o menos directamente en otros sectores económicos, convirtiéndose en el principal agente económico. Se trata de una política socioeconómica sistemática. Y de forma complementaria, pero inexcusable, el Estado también actúa de por medio de la política fiscal y monetaria, en cuanto elementos clave en orden a lograr, no la planificación económica, ni el socialismo, sino la redistribución de los ingresos, la nivelación social y el desarrollo económico²³⁶.

Corresponde resaltar las actividades del Estado bienestar²³⁷ para alcanzar la procura existencial de los ciudadanos o bienestar material²³⁸:

²³⁴ Abellán, Ángel-Manuel: "La problemática del Estado de bienestar como fenómeno internacional", *op. cit.*, pág. 190. Ejemplos se presentan también en la crisis económica de la década de los años 70 del siglo XX. Además, un ejemplo más claro, se evidencia en la crisis financiera mundial iniciada en el año 2007 por la especulación producida a nivel mundial, crisis que a la fecha se mantiene, y donde se evidenció la clara participación del Estado en los sistemas financieros, mediante la colocación de capitales en los sistemas bancarios para que estos no se declaren en quiebra y los ciudadanos no pierdan sus ahorros. La falta de crédito a los bancos, empresas y particulares acarreó la amenaza de recesión, la pérdida de empleos, quiebras y por lo tanto un aumento en el costo de la vida.

²³⁵ Este proceso puede ser explicado en los siguientes términos: "Un aumento en el gasto de inversión dará lugar a una mayor demanda total y exigirá más trabajadores y materias primas en las industrias de bienes y capital. Es probable que una parte de los ingresos adicionales percibidos por los trabajadores y vendedores de materias primas sea gastado. De este modo es probable que se sucedan nuevos gastos. Así el estímulo del aumento en la inversión irradia a través de toda la economía, elevando la renta y el empleo", *vid.*, William J. Barber, citado por Abellán, Ángel-Manuel: "La problemática del Estado de bienestar como fenómeno internacional", *op. cit.*, pág. 190.

²³⁶ Abellán, Ángel-Manuel: "La problemática del Estado de bienestar como fenómeno internacional", *op. cit.*, pág. 190.

²³⁷ Características que se presentan de forma diferente si se analizan desde una perspectiva del individualismo, señalada por ejemplo por Hayek, el Estado de bienestar, se opone firmemente a la idea de que todo el mundo tenga derecho al reparto de la riqueza total, o a que el Estado haga uso de su poder coercitivo para garantizar tales repartos. En esta línea, Hayek sostiene que un sistema de seguridad social, por ejemplo, no debería hacer: *a)* no debería convertirse nunca en un motor de «justicia social», tendente a asegurar «repartos equitativos» de riqueza para todos (como distintos del alivio de la pobreza o del sufrimiento); *b)* en segundo lugar, el Estado jamás debería imponer un

- a) Prestaciones sociales que garanticen la seguridad social, la asistencia social (ancianos, niños, deficientes menesterosos, etc.), la pensiones de jubilación, de invalidez, de viudedad, así como las prestaciones por desempleo. Se añaden aquí las políticas expansivas en materia de vivienda y la universalización de la educación obligatoria.
- b) Política tendente al pleno empleo así como establecimiento de los derechos y deberes de los trabajadores, a través, de la regulación del mercado de trabajo y otras medidas laborales y económicas. El Estado fija un salario vital mínimo.
- c) Intervenir en el ciclo económico y procurar la redistribución de la riqueza, tanto por medio del control y de la fiscalización de la actividad económica privada, como por la intervención directa e indirecta del sector público en la economía, a través de la propia administración, de las empresas públicas, del gasto público, de la planificación y de los mecanismos presupuestario, fiscal y monetario.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, sin importar las denominaciones que se utilicen para hacer referencia a las funciones que desenvuelve el Estado en la sociedad, ya sea asegurando derechos a la sociedad o equilibrando el sistema financiero, no se puede ignorar las profundas diferencias existentes entre el Estado de bienestar y el Estado social. Mientras el Estado social y sus prestaciones son consecuencia de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente o simplemente en la práctica; el Estado de bienestar responde a una pura actividad estatal sin correspondencia específica en el preceptor de la prestación. Sin embargo, desde la práctica de la estructura estatal,

monopolio de prestación de tales servicios. El pueblo no debería (aquí y en ningún otro sentido) ser obligado a «pertenerse obligatoriamente a una organización controlada por el Estado».

Y, en lo que concierne al financiamiento de la seguridad social y la prestación estatal, se realiza a través de los impuestos, pero evitando que pueda ser utilizado por la mayoría para robar a la minoría –a la minoría provista de la riqueza–. El sistema de impuestos progresista, por ejemplo, más que proporcionar una mayor cantidad de impuestos, puede llegar a ser una injusticia de este tipo. Hayek, aclara que se refiere no al impuesto de la renta como tal, sino al grueso de los impuestos en general (un impuesto sobre la renta se justifica para compensar la regresión de los impuestos indirectos). Para ser justos, por tanto, los impuestos progresivos no deben penalizar a una minoría, sino beneficiar a una minoría, la minoría pobre. Es perfectamente legítimo que una mayoría «se imponga impuestos para auxiliar a una minoría», pero no que una minoría se imponga impuestos para beneficiarse a sí misma. En otras palabras, el principio de imposición justa supone que el más alto porcentaje impositivo dentro del sistema sea el que pague la mayoría. *Vid.* Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX, op. cit.*, págs. 246, 250-251.

²³⁸ Abellán, Ángel-Manuel: “La problemática del Estado de bienestar como fenómeno internacional”, *op. cit.*, pág. 194.

el Estado debe organizarse para prestar tanto unos (derechos sociales) como otros servicios (prestación de servicios públicos)²³⁹.

Se puede sostener, el Estado se transforma en un Estado de bienestar cuando adopta una política de general preocupación por el desarrollo económico, y éste a su vez se transforma en Estado social cuando las prestaciones y servicios sociales le viene impuesto como consecuencia de los derechos sociales reconocidos en los textos constitucionales o meramente ejercidos en la práctica²⁴⁰. En el Estado social se ha tener presente la idea de la justicia social, la misma que no sólo implica una justicia para los sectores desfavorecidos, sino para la condición de ciudadanía, para la condición de persona que han de ostentar todos los integrantes del Estado²⁴¹.

De otro lado, cuando se habla de crisis del Estado social, entendido como principio jurídico, se hace mención a la evidencia de su incumplimiento, de su fracaso como en su pretensión normativa, lo que quiere determinar el contenido jurídico del principio. Las normas entran en crisis cuando se cuestiona su legitimidad o validez, o

²³⁹ Díez Moreno, Fernando: *El Estado social*, op. cit., págs. 47-48.

²⁴⁰ Díez Moreno, Fernando: *El Estado social*, op. cit., pág. 48.

²⁴¹ Un visión diametralmente opuesta la encontramos en los postulados de Hayek, quien sostiene "... el término justicia social no carece de sentido, no es siempre inapropiado describir la distribución de la riqueza como justa o injusta. Por el contrario, es apropiado si, y sólo si, la distribución ha surgido y ha sido mantenida deliberadamente. Pero ese sería el caso si el mercado fuera abolido y sustituido por una organización colectivista de la economía –una organización tan absoluta que la riqueza de cada uno se determinara por una autoridad central–. Si la justicia social significa la distribución de la riqueza según el mérito o su renuncia, para llegar a ello, la autoridad central, en primer lugar, tendría que adoptar e imponer una definición de mérito, y posteriormente tendría que repartir la cantidad apropiada de bienes para todos los miembros de la sociedad (presumiblemente, el reparto no podría ser en forma de dinero, el cual podría dar pie a negocios no autorizados). Desde el momento en que las señales del mercado no motivan ya la actividad económica, la economía tendría que seguir su curso mediante órdenes, que incluirían la dirección del trabajo. Apelar a la justicia social es apelar a un sistema económico de clase, sépanlo o no los partidarios de la justicia social. Es abogar por la completa extinción de toda libertad económica y de sus beneficios". Vid., Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX*, op. cit., pág. 245.

Continua señalando, "... los individuos, en la medida en que persiguen sus propios fines, dependen de los esfuerzos y conocimientos de otros millones de individuos que les son desconocidos. Una sociedad así tiene que operar con principios bien distintos [solidaridad]. Aplicarle el término de justicia social es invitar al desastre, es, de hecho, hacer una invitación al totalitarismo, «la expresión de justicia social no es, como la mayoría de la gente probablemente cree, una expresión inocente del bien hacia los menos afortunados (...) Si la discusión política ha de ser honesta, se hace necesario que la gente reconozca que el término carece intelectualmente de validez, no es más que una señal demagógica o periodismo barato que los pensadores reputados deberían sentirse avergonzados de usar»". Vid., Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX*, op. cit., pág. 246.

Finalmente sostiene, que para los más desafortunados, postula por la prestación estatal de una renta mínima. Pero no lo entiende como una cuestión de justicia. Los recibidores de tales rentas mínimas no los merecen más de lo que el resto de nosotros merecemos las rentas que el mercado nos permite disfrutar. Ellos lo deben recibir, simplemente porque es correcto aliviar o, mejor, prevenir el sufrimiento. Vid., Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX*, op. cit., pág. 246.

cuando se incumplen. En tal sentido, hay que distinguir dos conceptos sobre el Estado social. Un concepto estrictamente jurídico –el de Estado social de derecho– que recoge la Constitución, y un concepto no normativo, sino descriptivo, sociopolítico y socio económico, que es el de Estado de bienestar. En un caso hablamos de un conocimiento perteneciente a las ciencias del espíritu y, en el otro, de un objeto extraído de la realidad sensible, susceptible de verificación empírica. En un caso enjuicamos la validez y el alcance de una proposición prescriptiva y, en el otro, analizamos descriptivamente una realidad socio-económica²⁴².

Ahora, las posibles soluciones a la crisis del Estado social, si se hace referencia al factor económico, que es el que se ha planteado como el eje medular al incumplimiento de los mandatos prestacionales y de los contenidos sociales, se propone el fomento de la productividad de la empresa, pre-establecimiento de límites a la política monetaria y crediticia, clarificación y explicitación de las decisiones de los órganos encargados de elaborar la política económica, cuantificación de los límites de la presión tributaria y de la absorción de la renta nacional por los poderes públicos, y la actuación del Tribunal Constitucional como garante del buen funcionamiento del sistema económico mixto, con capacidad de enjuiciar no solo las leyes, sino todos los actos estatales de contenido económico, en cuanto se desequilibre el sistema desde el punto de vista económico-financiero con ocasión de la aprobación de los presupuestos, emisión de deuda pública o programación de la política monetaria y crediticia. Y más aún, algo nuevo, se propone la creación –Bognetti– de un Tribunal Constitucional Económico o, alternativamente, la estructuración de una sección especializada en dicho Tribunal e integrada por magistrados especializados en materia económica²⁴³.

Ya sea con jueces especializados en la materia o no, en este último aspecto, se requiere de un Tribunal que decida jurisdiccionalmente, sin un apasionamiento «político», sobre el ámbito económico y financiero del Estado, que tenga la competencia de hacer modificaciones o cambios de forma directa en la estructura económica y financiera del Estado –con potestad normativa y con un poder burocrático similar a un Ministerio (disponer de presupuesto propio), con la finalidad de permitir contar con un organismo ejecutor de sus decisiones) – o en todo caso, de controlar la

²⁴² Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado Social”, *op. cit.*, pág. 140.

²⁴³ Fernández-Espinar y López, Luis Carlos: “Constitución y sistema económico”, *op. cit.*, pág. 244.

potestad presupuestaria del Estado en lo respecta al financiamiento de los servicios públicos o de los derechos sociales prestacionales, reservando partidas especiales para estas funciones estatales, cuando el Gobierno (órganos del Estado) no lo hagan o incumplan las prescripciones constitucionales.

La Constitución del Estado social y democrático de Derecho posee naturaleza racional normativa y a su vez presenta un fuerte componente axiológico, que adquiere eficacia jurídica más intensa a través de la producción de normas sustantivas de los poderes constituidos, en especial a través de la ley del Parlamento. La Constitución no es, por tanto, un «*simple formulario de principios políticos y morales, destinados a dar al legislador ordinario las directrices fundamentales del orden jurídico positivo*» sino que es concebida como un conjunto complejo de normas y principios jurídicos actuales y vinculantes. Por tanto, las normas y principios requieren para su defensa la acción de la justicia constitucional. Y la fuerza normativa de la Constitución es el presupuesto básico sobre el que se fundamenta su aplicación inmediata por jueces y tribunales. Por ejemplo, es también, que la Constitución deviene norma jurídica y a la vez es un sistema normativo conformador del nuevo sistema de fuentes del ordenamiento. Y aunque eficacia normativa no es siempre sinónimo de aplicación directa, la fuerza normativa de la Constitución es plena cuando se proyecta sobre los derechos fundamentales y libertades públicas. La Constitución ya no es un simple punto de referencia o parámetro de interpretación»²⁴⁴.

De este modo, el Estado social consagrado en la Constitución, se concreta en los siguientes ámbitos²⁴⁵: *a)* la referencia social de los derechos fundamentales, *b)* la vinculación social del Estado y *c)* la articulación de la sociedad sobre bases democráticas.

En el primer supuesto, *referencia social de los derechos fundamentales*, el Estado social, abandona el enfoque liberal que concedía a todos los derechos una misma posición jurídica, olvidando las relaciones sociales de poder y propone ahora una visión material de la igualdad. Se procede a revisar el modelo liberal de los derechos, y

²⁴⁴ Carrillo, Marc: “La aplicación judicial de la Constitución”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 24, núm. 71, mayo-agosto, 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 101.

²⁴⁵ Matia Portilla, Francisco Javier: “La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, núm. 60, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 346 y ss.

proponer algunos aportes en el listado como a su eficacia. Aparecen nuevos límites a los derechos clásicos como son la libertad contractual, la libertad de empresa, y el derecho a la propiedad, que debe prestar ahora una función social o verse sometido por razones de interés general a la expropiación forzosa. Pero también, se potencian otros derechos liberales, en concreto los que canalizan los medios de lucha de los trabajadores, como son la libertad sindical, el derecho de huelga²⁴⁶.

Entre las principales aportaciones del Estado de derecho a los derechos fundamentales se concreta en la nueva visión del principio de igualdad y en los derechos sociales. La visión antigua del principio de igualdad, conservadora, que servía para garantizar el *status quo* de cada cual, da paso a una visión más transformadora de la sociedad, que protege los sectores más desfavorecidos y puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial. Los derechos sociales, son los derechos de cualquier ciudadano a recibir una prestación positiva por parte de los poderes públicos directa o indirecta en función de la participación en los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad. Situación en la cual se presenta el problema de su eficacia jurídica, donde resalta la postura de Carl Schmitt, quien ha negado ésta apoyándose en el carácter relativo de tales derechos, en sus perfiles difusos, en su carácter dinámico, y en su falta de concretización, sin embargo es oportuno señalar que estos derechos han sido constitucionalizados. Asimismo, las objeciones que se hacen a los derechos sociales también son aplicables a algunos derechos de libertad, así como existen en la práctica diversas posibilidades de controlar la actuación de los poderes públicos a la luz de los derechos sociales. Reconociéndose también en las facultades prestacionales que adornan a algunos derechos civiles, como el derecho a la vida, las libertades de expresión y comunicación, la tutela jurisdiccional efectiva, la asistencia letrada, el beneficio de la justicia gratuita, y algunas manifestación de la libertad sindical. Y finalmente, el Estado social se proyecta también en la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares. La idea de que estos derechos puedan verse afectados por los particulares

²⁴⁶ Matia Portilla, Francisco Javier: "La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho", *op. cit.*, pág. 346.

ha llevado a defender la eficacia horizontal de los derechos, esto es en las relaciones jurídico-privadas.²⁴⁷

En el segundo aspecto, *la vinculación social del Estado*, el Estado social comprende la obligación del Estado de atender las necesidades de sus ciudadanos, y responsabilizarse del funcionamiento global de la economía, con el doble objetivo de corregir las excesivas disfuncionalidades del sistema y reducir las diferencias de hecho entre las distintas clases sociales, dentro de un sistema económico de libre mercado (propiedad, herencia, libertad de empresa) y con limitaciones como el reconocimiento de derechos sociales y la participación estatal en la economía. Así existirán las siguientes previsiones constitucionales: *a)* iniciativa pública en la actividad económica (compatible con la iniciativa privada en cualquier tipo de servicios); *b)* reserva al sector público recursos y servicios esenciales (razones de interés público y por ley); *c)* intervención de empresas (como actuación menos radical, después de la empresa pública y la nacionalización); *d)* la planificación económica; y, *e)* la participación de distintas entidades sociales en la elaboración del plan económico²⁴⁸.

El tercer y último componente del Estado, *la articulación de la sociedad sobre bases democráticas*, en este contexto se ha interpretado integralmente los contenidos del Estado social y democrático del Derecho. García Pelayo²⁴⁹ ha señalado que la democracia social tiene dos formas: la democracia económica y la democracia empresarial. La primera comprende la participación en las decisiones del Estado que afectan a la globalidad o a amplios sectores de la economía nacional (a través del Parlamento o de otros medios), la segunda tiene lugar en el seno de las empresas, e implica compartir la autoridad derivada de la propiedad de los medios de producción con la autoridad derivada del trabajo. En definitiva se busca dar un mayor protagonismo a la sociedad civil en su conjunto, en detrimento del propio aparato estatal. Estos fines, algunos tienen reconocimiento constitucional, que favorecen la participación de todos: *a)* en la vida política, económica, cultural y social; *b)* en la seguridad social y en la empresa; *c)* en los medios de comunicación; *d)* de padre y alumnos en la programación

²⁴⁷ Matia Portilla, Francisco Javier: "La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho", *op. cit.*, págs. 346-348.

²⁴⁸ Matia Portilla, Francisco Javier: "La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho", *op. cit.*, págs. 348-349.

²⁴⁹ Citado por Matia Portilla, Francisco Javier: "La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho", *op. cit.*, pág. 349.

de la enseñanza y en la gestión de los centros educativos públicos; e) de la juventud en todas las facetas de la vida social; y, f) de organización de consumidores y usuarios en las actividades estatales (servicios) que les afecten o sus organizaciones tengan una estructura y un funcionamiento democrático (partidos políticos, sindicatos, colegios y organizaciones profesionales, etc.)²⁵⁰.

5.2. FUNCIONES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En un trabajo anterior se tuvo la oportunidad de definir los dos componentes²⁵¹, tal vez generales del Estado social del Derecho, su posición garantista de un lado, en el sentido de buscar proteger y garantizar la plena vigencia de los derechos sociales existentes, así como de mantener las prestaciones o servicios públicos existentes. De otro lado, se manifiesta su función promotora, la cual se explica a partir de tener en cuenta que los derechos sociales existentes pueden ser reconocidos a otros sectores de la sociedad, abarcar nuevos contenidos, o crear y garantizar nuevos derechos, así como mejorar los servicios públicos sociales, comprender a una mayor población o sectores de la sociedad, o simplemente implementar nuevas prestaciones sociales o servicios públicos.

La función garantista está más vinculada a proteger lo existente sobre los derechos sociales y las funciones prestacionales sociales del Estado, y la función promotora busca mejorar las condiciones y la calidad de vida, así como establecer instituciones que respalden la eficacia o prestación de los derechos sociales.

5.2.1. FUNCIÓN GARANTISTA

En las garantías políticas, jurisdiccionales y sociales de la defensa del orden constitucional, corresponden a la función garantista del Estado social de Derecho la obligación negativa de *no regresividad*, vincular a los poderes privados que no afecten la obligación negativa de *no regresividad*, deber de informar, publicar y justificar el uso de los medios y de los programas adoptados por el Estado en relación a los derechos

²⁵⁰ Matia Portilla, Francisco Javier: "La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho", *op. cit.*, págs. 349-350.

²⁵¹ Chávez Rabanal, Mario Gonzalo: "Contenido Constitucional del Derecho Fundamental a pensión", tesis para optar el título de Abogado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, sustentada el 2 de Mayo, Lima, 2007, págs. 44-51.

sociales y principalmente de garantizar a todos los ciudadanos un ingreso mínimo que les permita acceder a lo indispensable para vivir dignamente, es decir, que les garantice una calidad de vida personal y familiar.

En lo que respecta a las garantías jurisdiccionales, están comprendidas la justiciabilidad de los derechos fundamentales tanto liberales como sociales, la expulsión, anulación e inaplicación de las normas que afecten el contenido mínimo de los derechos sociales o el principio de no discriminación.

Y, finalmente, sobre las garantías sociales, corresponden la función garantista del Estado Social de Derecho al control social sobre las políticas y mediadas adoptadas por el Estado en el marco de los derechos sociales²⁵².

5.2.2. FUNCIÓN PROMOTORA

Esta función se manifiesta, en las garantías políticas de protección de los contenidos del Estado social, el deber de *progresividad*, no sólo en relación al Estado, sino además en relación a los poderes privados; en implementar y difundir los mecanismos de acceso a la información sobre el uso del presupuesto y las mediadas que está adoptando el Estado para cumplir con sus obligaciones sociales.

En relación a las garantías jurisdiccionales, pertenecen a la función promotora del Estado social las recomendaciones y reenvíos jurisdiccionales hechos al legislador para que apruebe una norma con un determinado contenido, las sentencias constitucionales producto de un proceso de inconstitucionalidad por omisión o los mandatos que dispone el juez cuando éstos no están regulados en una ley, no existe el reglamento para su ejecución, o la ley simplemente no dice nada al respecto, cuando a nivel jurisdiccional se establece contenidos o mandatos pertenecientes a un derecho social que no han sido determinados anteriormente ni por la propia constitución, ni por el legislador ni por la judicatura.

De las garantías sociales, corresponden a la función promotora del Estado social a la participación de la ciudadanía a través de las iniciativas legislativas y mediante la autotutela de los bienes y recursos de los derechos sociales²⁵³.

²⁵² Chávez Rabanal, Mario G.: "Contenido constitucional del derecho fundamental a pensión", *op. cit.*, págs. 49-50.

²⁵³ Chávez Rabanal, Mario G.: "Contenido constitucional del derecho fundamental a pensión", *op. cit.*, págs. 44-45.

Finalmente, al respecto vale señalar a manera de preludio de lo que se explicará en el capítulo final, la función promotora del Estado social está ligada a la protección y plena vigencia de los derechos sociales de contenido prestacional condicionado (*infra* § 6.6.4.), y la función garantista del Estado social, tendrá una manifestación más clara con los derechos sociales no prestacionales o incondicionados (*infra* § 6.6.3.).

5.3. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Las funciones sociales, económicas y culturales del Estado, así como la prestación de servicios públicos entendidos como mandatos a los poderes constituidos, o a los gobernantes de turno, son un fenómeno jurídico que se presentan en puridad en el siglo XX, de forma concreta en la Constitución de Querétaro de 1917 y en Constitución de Weimar de 1919, constituciones que abren un nuevo ciclo constitucional en los Estados moderno²⁵⁴.

En las líneas siguientes se analizará la regulación constitucional de las cláusulas del Estado social y de los derechos sociales, haciendo hincapié en sus contenidos o eficacia, más que una descripción de la forma como se reconoce la cláusula del Estado social y que derechos sociales están regulados en la Constitución.

5.3.1. LAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO SOCIAL

La constitucionalización del Estado social, como se mencionó, inicia en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y en la alemana de Weimar de 1919, aunque en ninguna de ellas se recoge la cláusula expresamente, se incorporan disposiciones que reconocen derechos socioeconómicos. La precaria vigencia del Estado social en esta primera etapa del siglo XX, se explica a partir de la inexistencia de un Estado derecho y democrático en el caso mexicano y en Alemania; además, de la dictadura fascista, de la neutralización de los derechos sociales por la jurisprudencia que los convierte en absolutamente programáticos, carentes de la menor significación

²⁵⁴ Sobre el particular, se puede hablar de una prehistoria del constitucionalismo social, que abarca desde la Revolución francesa de 1789 (cargas tributarias y la propiedad), con las Constituciones francesas de 1791 (instrucción pública y los socorros populares) y 1793 (derecho al trabajo, a la asistencia, a la instrucción (arts. 21 y 22)), así como con la Constitución de la II República francesa producto de la Revolución de 1848 (afirma el papel del Estado en materia de instrucción, de asistencia, de reparto de trabajo entre los individuos), *vid.* Pérez Ayala, Andoni: "Los orígenes del constitucionalismo social", *op. cit.*, págs. 336-340.

jurídica, abandonados a la voluntad del legislador y a criterios políticos de oportunidad²⁵⁵.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la cláusula del Estado social se inserta expresamente en distintas constituciones de Europa. Así lo encontramos en la Constitución francesa de 1946, en la italiana de 1947 y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la cual el artículo 20.1 define la República Federal alemana como «Estado federal, democrático y social», y en el artículo 28.1 prescribe la organización de los Estados federados desde «Estado de derecho republicano, democrático y social». En España es introducida en el artículo 1.1 reforzada por el artículo 9.2. y en el Capítulo 3.º del Título I. Una manifestación tardía del constitucionalismo social lo encontramos en la Constitución griega de 1974, en la Constitución portuguesa de 1976 y en la Constitución española de 1978²⁵⁶. Constitución Española que fue el modelo arquetipo del constitucionalismo social actual de Perú, el mismo, que fue acogido en la Constitución peruana de 1979 (*infra* § 5.8.2.).

Ahora, la cláusula del Estado social generó posiciones doctrinarias encontradas. En Alemania las posiciones las encabezaban de un lado Abendrot y en el otro Forsthoff. Para el primero, la cláusula abría posibilidades jurídicas de transformación del modelo económico hacia el socialismo. Para el segundo, la fórmula carecía de contenido jurídico fuera del ámbito de la legislación y de la Administración²⁵⁷. Entre estos extremos, asoma una postura intermedia, de un lado reconoce el carácter de principio estructural dotado de innegable carácter jurídico, y de delimitado alcance (*supra* 5.1.).

Lo cual, nos trae a colación los cuestionamientos que se advertían sobre la fusión del Estado social dentro del Estado de Derecho. Respuesta a dichos cuestionamientos se produce a partir del principio democrático. La unión del Estado de Derecho con el Estado social está definida por el principio democrático. “Estos tres elementos aparecen como interdependiente desde el momento en que el Estado de Derecho supera su carácter formal y se integra con los contenidos materiales de que le dota la sociedad, en ejercicio de un derecho de participación democrática, sometido en

²⁵⁵ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado social”, *op. cit.*, pág. 152.

²⁵⁶ Pérez Ayala, Andoni: “Los orígenes del constitucionalismo social”, *op. cit.*, pág. 335.

²⁵⁷ En España, Elías Díaz sostiene que el Estado democrático implicaría la superación del Estado social propia del neocapitalismo con un tránsito hacia el socialismo. “El Estado democrático de Derecho aparece en esta perspectiva como superación real del Estado social de Derecho”, *vid.* Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado social”, *op. cit.*, pág. 152.

todo caso al principio de legalidad y al marco competencial constitucionalmente establecido, lo que viene a encerrar el círculo del Estado social y democrático de Derecho. Como señalará Martin Kriele, el Estado constitucional democrático es también la base de cualquier lucha democrática por un ordenamiento jurídico y económico que tenga en cuenta los derechos humanos económicos, sociales y culturales²⁵⁸.

Existen dos planteamientos básicos sobre la eficacia jurídica de los contenidos del Estado social y de los derechos sociales. La primera posición, considera incompatibles la fórmula del Estado de Derecho con la del Estado social y priva de todo carácter jurídico a los derechos sociales enunciados en la Constitución en tanto no hayan sido reconocidos y desarrollados por medio de una ley, que es la que les confiere su eficacia y los hace, en su caso, jurisdiccionalmente exigibles²⁵⁹.

La segunda postura, defiende la compatibilidad de los presupuestos del Estado de Derecho y los contenidos típicos de una Constitución formalista, con las demandas de igualdad y bienestar material esenciales al constitucionalismo social²⁶⁰. Por esta razón, las normas sociales que la Constitución consagra tienen el mismo valor normativo que las disposiciones organizativas o los derechos fundamentales, aunque su eficacia jurídica resulte modulada por la misma Constitución o en aquellos casos en que la naturaleza de la propia norma impida considerarla directamente aplicable²⁶¹.

La primera postura, si bien en la actualidad tiene adeptos a nivel teórico, la propia organización actual del Estado (políticas públicas en materia económica y social: intervención financiera, educación²⁶², salud, seguridad social, vivienda, fomento del

²⁵⁸ González Moreno, Beatriz: *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo-Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2002, pág. 44.

²⁵⁹ González Moreno, Beatriz: *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *op. cit.*, pág. 50. En esta corriente también encontramos a los que sostienen “lo que hace a los derechos sociales, tales como la seguridad social o el derecho a la vivienda, es de tener en cuenta que no son, hoy por hoy, propiamente derechos subjetivos, por lo que no cabe calificarlos, como derechos ni aun «de plena configuración legal». Se trata, más bien, de «principios rectores de la política social y económica», como los llama la Constitución, lo que hace de los mismos apenas unas «garantías institucionales» debilitadas”. *Vid.*, Cruz Villalón, Pedro: “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 35, mayo-agosto, 1992, pág. 72.

²⁶⁰ Alonso García, Alonso: “Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del «welfare state» en Norteamérica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 4, núm. 11, mayo-agosto, Madrid, 1984, págs. 139-194.

²⁶¹ González Moreno, Beatriz: *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *op. cit.*, pág. 51.

²⁶² Joachim Faller, Hans: “Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal de Alemania”, traducción Paloma Nicolás Muñoz, *Revista*

empleo²⁶³, etc.), hace que la separación tajante entre Estado de Derecho y Estado social, es decir, considerar sin contenido o eficacia a la segunda, demuestra que el Estado social es una realidad, y sólo esa contraposición queda en un nivel especulativo²⁶⁴.

El principio del Estado social y los concretos principios rectores constitucionales que no confieren inmediatamente derechos son título suficiente para la intervención del Estado en la vida económica y social tendente a la superación de la desigualdad o situaciones injustas. Pero el Gobierno está sometido al principio de legalidad, de manera que necesita estar específicamente habilitado, con lo que se retoma la cuestión de la función de la ley para la efectividad de estos derechos. Aquí se conectan las leyes presupuestarias, como el instrumento propio del Estado social de Derecho, con lo que se ha venido llamando el *indirizzo político*, la orientación política de la acción de gobierno²⁶⁵. De lo cual se puede concluir, que la cláusula constitucional del Estado social establecida en la Constitución, despliega una triple vertiente²⁶⁶: a) fijación teleológica del Estado, b) valor interpretativo del resto del ordenamiento; y, c) como parámetro de constitucionalidad.

5.3.2. LA CLÁUSULA DE LOS DERECHOS SOCIALES. NATURALEZA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos, en particular, los derechos sociales, no son solo un límite jurídico como derechos subjetivos frente a los poderes públicos sino tienen también una clara dimensión objetiva. En esta dirección, los derechos sociales tienen una dimensión individual o subjetiva de los derechos, que no puede difuminarse en una funcionalidad, sin socavar el orden jurídico y político. Como derechos subjetivos “son derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan el estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia”²⁶⁷.

Española de Derecho Constitucional, año 3, núm. 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril, Madrid, 1983, págs. 13-70.

²⁶³ Lopez Garrido, Diego: “Reflexiones sobre la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 1/1992, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo”, Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Año 13, núm. 38, mayo-agosto, Madrid, 1993, págs. 13-48.

²⁶⁴ González Moreno, Beatriz: *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 55.

²⁶⁵ González Moreno, Beatriz: *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 60.

²⁶⁶ González Moreno, Beatriz: *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., págs. 56-67

²⁶⁷ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado social”, op. cit., pág. 155.

Definición que tiene que ser entendida no como medios, sino, como fines en sí mismos (*infra* § 5.5.3.). Esta característica de las constituciones de la posguerra de tutelar los derechos sociales no de forma autónoma o directa, sino en función de una libertad o derecho fundamental, se explica a partir de que las constituciones europeas de la posguerra no reconocieron de forma detallada los derechos sociales, sino que a partir del reconocimiento de los derechos fundamentales, de las libertades, que tienen un reconocimiento expreso, se apertura no sólo el reconocimiento, sino, la protección de los derechos sociales, y esto se hizo así, porque las libertades fundamentales eran las únicas que estaban positivizadas, y no tanto porque con los derechos sociales se garantice o sean medios para la eficacia de las libertades fundamentales, como un sector de la doctrina lo ha entendido²⁶⁸.

Los derechos sociales, implican superar la concepción individualista de los derechos de libertad. Entendidos éstos como una comprensión abstracta, racionalista e idealista de la libertad y la igualdad, como un dato dogmático ajeno a la realidad histórica y a las situaciones sociales, que permite la gran e hipócrita ficción de que las relaciones entre particulares que, prácticamente, son todas relaciones de derecho civil, son relaciones igualitarias que permiten acuerdos sinalagmáticos, con un perfecto funcionamiento del principio de autonomía de la voluntad²⁶⁹, es dejado a un lado, para manifestarse en situaciones concretas en el ámbito de existencia del ser humano.

En la lógica del Estado social exige considerar, no sólo la supremacía del poder político como destructora de la autonomía de la voluntad (liberalismo), sino, además la supremacía de los poderes sociales y económicos, con frecuente capacidad de aplastar la libertad. Esto dota de pleno sentido la proyección de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. La famosa *drittwirkung* alemana²⁷⁰.

La eficacia de los derechos sociales reviste problemas aun en cuanto a la forma. Para unos la eficacia es directa e inmediata desde la propia norma constitucional sin necesidad de mediación alguna; para otros, son los poderes públicos los que deben desplegar estos efectos, con la intervención del legislador proyectando normativamente los derechos; y, los jueces y tribunales, obligados a aplicar los preceptos

²⁶⁸ Vid. Landa, César: "Teoría de los derechos fundamentales", Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 6, enero-junio, México, D.F., 2002, págs. 67-69.

²⁶⁹ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, pág. 155.

²⁷⁰ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, pág. 156.

constitucionales o leyes de desarrollo legislativo y amparar los derechos fundamentales violados²⁷¹.

Junto a las clásicas libertades liberales y a los derechos democráticos, se abrió una línea de incorporación de los llamados derechos de tercera generación, de garantías de acceso a bienes socioeconómicos, derecho a la educación, a la cultura y al trabajo, protección frente al infortunio, al desamparo, aseguramiento de mínimos existenciales, etc.²⁷². Los derechos sociales poseen un contenido positivo que reclaman la acción y no a la inhibición del Estado. Se trata de derechos de prestación cuya efectividad requiere la creación, organización y sostenimiento financiero de un servicio público o de una infraestructura que los respalde.

De donde, su eficacia ya no depende, tan sólo, de la voluntad política y de la articulación jurídica sino, además de la posibilidad económica de crear y financiar el servicio y de la determinación de las fuentes financieras y de las prioridades del gasto público, que son funciones de naturaleza esencialmente política²⁷³.

La alegada eficacia diferida de los derechos sociales²⁷⁴, como se indicó, encuentra un tipo de explicación en el hecho de que las constituciones de la segunda posguerra mundial, no hayan constitucionalizado los derechos de prestación, de eficacia inmediata y de exigibilidad efectiva, o prescindiendo de ellos, limitándose a formular únicamente la cláusula genérica del Estado social²⁷⁵.

Frente a estos problemas referidos a la eficacia, se ha entendido a los derechos sociales desde diversas perspectivas, que ayudan a resolver el problema de la eficacia jurídica. Los derechos sociales, así, tienen una diversidad de funciones, los mismos que en el presente trabajo son considerados como: *a)* elementos informadores del ordenamiento, con indudable valor interpretativo; *b)* mandatos al legislador; *c)* improcedentes frente al control jurisdiccional total, procedentes ante el control de la

²⁷¹ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, pág. 156.

²⁷² Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, pág. 158.

²⁷³ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, pág. 158.

²⁷⁴ Para un sector de la doctrina es su característica peculiar. Así se sostiene "[l]os derechos que generan una obligación de contenido positivo exigen la adopción de importantes decisiones políticas que sólo pueden corresponder al legislador, por lo que la ley resulta imprescindible para la realización del derecho, no de la norma constitucional, esto es, para obtener de los Tribunales la ejecución de la obligación incumplida", *Vid.* Prieto Sanchis, Luis: "Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales (I)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1981, pág. 244.

²⁷⁵ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, pág. 158.

omisión parcial, y las sentencias aditivas sólo opera en directa conexión con un derecho fundamental, básicamente con el derecho a la igualdad; y, *d*) opera como un límite frente al legislador²⁷⁶. En nuestros términos tenemos:

a) Valor interpretativo

El núcleo esencial del Estado social reside en el reconocimiento de unos derechos sociales; es decir, el Estado social constitucionaliza el derecho a obtener unas prestaciones; no un determinado sujeto prestador, unos logros, no unos medios. El Estado social obliga a garantizar unas prestaciones sociales a los ciudadanos, pero no exige que sea el Estado quien desarrolle estos servicios. Donde los particulares también se pueden hacer cargo de las prestaciones, y en el modelo económico actual, se reconoce una participación subsidiaria del Estado, o su participación directa para aquellos que carezcan de los recursos necesarios²⁷⁷.

Las cláusulas de derechos sociales se convierten en parámetros de interpretación del ordenamiento jurídico en la medida que estas cláusulas recogen derechos fundamentales de la persona. Derechos que, al igual de los derechos personales y de libertad, tienen también una vertiente prestacional. No hay libertad de cátedra sin Universidades, no hay inviolabilidad de domicilio sin domicilio, no hay derecho a la libertad personal sin procedimiento de *habeas corpus* o si se depende de otros para la subsistencia²⁷⁸.

Como ha señalado Rubio Llorente²⁷⁹, la noción de derecho fundamental implica que todo derecho, a partir de su reconocimiento constitucional, no sólo tiene una vertiente subjetiva –un substrato subjetivo que exige una ausencia de intromisión de los poderes públicos en unas esferas de libertad individuales– sino también una vertiente objetiva, que implica la obligación de los poderes públicos de desarrollar una conducta activa de garantía de estos derechos. Todo derecho fundamental es, a la vez, un derecho

²⁷⁶ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado social”, *op. cit.*, págs. 160-161.

²⁷⁷ Troncoso Reigada, Antonio: “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, núm. 57, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pág. 151.

²⁷⁸ Troncoso Reigada, Antonio: “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *op. cit.*, pág. 153.

²⁷⁹ Citado por Troncoso Reigada, Antonio: “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *op. cit.*, pág. 153.

de libertad y un derecho de prestación²⁸⁰. De esta forma, la constitucionalización de los derechos económicos y sociales y la vertiente prestacional de todo derecho fundamental son, en sí mismos, una habilitación, una autorización para que los poderes públicos lleven a cabo una intervención en la sociedad en garantía de estos derechos –limitando, en ocasiones, otros –²⁸¹.

Las constituciones actuales, afirman que los derechos fundamentales, entre ellos los derechos sociales, vinculan a los poderes públicos, establecen un conjunto de garantías jurisdiccionales específicas para su protección. Dentro de la tutela judicial de estos derechos de prestación, reviste especial relevancia la jurisdicción contencioso administrativa²⁸² y la jurisdicción constitucional. Y también resulta, pertinente señalar la influencia en los ordenamientos jurídicos constitucionales de los Tratados sobre derechos humanos que reconocen y regulan derechos sociales, en el caso de Perú, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Económicos y Sociales y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los Convenios Colectivos de la OIT, disposiciones que se interpretan de forma conjunta con las disposiciones constitucionales de derechos sociales y de las interpretaciones que se derivan de los órganos de su defensa.

Encontramos prestaciones que constituyen derechos fundamentales económicos y sociales, como el derecho a recibir información, el derecho a una asistencia letrada si se carece de medios económicos, el derecho a una educación gratuita, entre otros. Estos tipos de derechos pueden ser exigidos directamente a los poderes públicos a partir de la propia Constitución. Por otro lado, hay otras prestaciones que tienen su encaje en los principios rectores de la política social y económica, y que pueden ser alegados como derechos a partir de la ley que los desarrolla²⁸³, o que sirven como principios rectores, de ineludible cumplimiento, de las políticas públicas del gobierno, tanto central como de los gobiernos regionales o locales.

²⁸⁰ Troncoso Reigada, Antonio: “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *op. cit.*, pág. 153.

²⁸¹ Troncoso Reigada, Antonio: “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *op. cit.*, pág. 154.

²⁸² Troncoso Reigada, Antonio: “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *op. cit.*, pág. 154.

²⁸³ Troncoso Reigada, Antonio: “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *op. cit.*, pág. 155.

En la Constitución se han positivizado derechos de contenido económico social y cultural que determinan tareas o fines del Estado, así tenemos: el fomento del progreso social y económico, distribución equitativa de la renta, la realización de una política orientada al pleno empleo, limitación de la jornada laboral, vacaciones periódicas, etc. Estos derechos determinan los objetivos de la política estatal en estas materias y de las condiciones mínimas que han de observarse en la contratación laboral²⁸⁴.

En el ámbito de la salud, al igual que en la educación, también el Estado encuentra principios rectores de su actividad. Así tenemos el deber de protección especial de los hijos y de las madres, de la asistencia que deben prestar los padres a sus menores hijos o según disponga la ley, la promoción del bienestar de los ciudadanos de la tercera edad, así como garantiza la defensa de los consumidores y usuarios, y establece una política de especial cuidado para las personas que padezcan de alguna discapacidad.

En esta misma dirección tenemos tal vez la característica más resaltante del Estado social y la expresión más notoria de los derechos sociales, a saber, el sistema de seguridad social con carácter universal que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante contingencias, especialmente en caso de desempleo²⁸⁵ o de un estado de necesidad.

Y, la Constitución también determina como fines de la acción estatal garantizar el acceso a la cultura y el desarrollo de la investigación científica y técnica, la protección del medio ambiente, conservación y enriquecimiento del patrimonio cultural, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, la participación de la juventud en los asuntos estatales, garantizar la suficiencia económica de los ancianos mediante pensiones adecuadas y actualizadas²⁸⁶.

²⁸⁴ González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 212.

²⁸⁵ González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 213.

²⁸⁶ González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 213.

b) Mandatos al legislador

Son numerosas las normas constitucionales de contenido económico, social o cultural que aparecen en la Constitución con la forma de un mandato jurídicamente vinculante, que limita la discrecionalidad del legislador en cuanto al «sí» de su actividad, obligándole a establecer una regulación, pero dejándole un margen variable en su libertad de configuración política en cuanto al «cómo» de su concretización en función de la mayor o menor precisión en la formulación de los presupuestos de hecho²⁸⁷.

También los mandatos al legislador se presentan como principios rectores de la política social y económica. Se han positivizado derechos de contenido económico, social y cultural como determinadas tareas o fines del Estado, aparecen aquí los siguientes enunciados: fomento del progreso social y económico, de una distribución equitativa de la renta, y la realización de una política orientada al pleno empleo, formación profesional, seguridad e higiene en el trabajo, limitación de la jornada laboral, vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados. El precepto constitucional es minucioso al determinar los objetivos de la política sobre las condiciones mínimas que ha de observarse en la contratación laboral²⁸⁸.

En el ámbito de la salud, junto con el de la educación, los principios del Estado social han conseguido plasmarse de una manera más intensa. Hay varios preceptos constitucionales que inciden en la protección de la salud de modo indirecto: protección integral de los hijos y de las madres, asistencia de los padres hacia los hijos menores de edad y cuando legalmente proceda, el ambiente adecuado, política estatal de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, promover el bienestar de los ciudadanos de la tercera edad, y la protección de los consumidores y usuarios. En éstos términos tenemos los preceptos sobre las prestaciones sanitarias, que propugnan por el mantenimiento de un régimen público de seguridad social con carácter universal, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad²⁸⁹.

²⁸⁷ González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 210.

²⁸⁸ González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 212.

²⁸⁹ González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., págs. 212 y 213.

c) Control jurisdiccional total y parcial

En este aspecto se presenta la figura procesal de la inconstitucionalidad por omisión, la procedencia del Amparo para tutelar los derechos sociales no prestacionales y los derechos prestacionales no condicionados. En estos derechos existe una tutela jurisdiccional total (*infra* § 6.6.3.)

En cambio, la tutela jurisdiccional de los denominados derechos sociales prestacionales condicionados o bien carecen de tutela judicial o tiene una segmentada protección. Frente a lo cual, se hace indispensable implementar el mecanismo de exigencia a los poderes públicos para implementar la institucionalidad que respalde los derechos sociales prestacionales condicionados.

La inconstitucionalidad por omisión, procede frente a la omisión legislativa derivada del incumplimiento de una exigencia constitucional de acción, no del deber genérico de legislar. Las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de un mandato constitucional al legislador en sentido estricto, de una norma que de forma permanente y concreta obliga al legislador para la adopción de medidas legislativas «concretizadoras» de la Constitución (en nuestro caso es equivalente a los mandatos al legislador y a principios rectores). Es distinta la omisión legislativa que resulta de la violación de un precepto constitucional que impone una actuación legislativa concreta, que el incumplimiento de una previsión constitucional formulada como *norma-fin* o *norma-tarea*²⁹⁰.

También cabe una omisión legislativa inconstitucional en el incumplimiento de lo que se denomina *órdenes de legislar*, mandatos únicos, concretos y no permanentes, por ejemplo para emanar las normas necesarias de creación de una nueva institución. Además, procede (doctrina origen alemán) frente al incumplimiento del legislador de mejorar o corregir las normas de previsión (prognosis) incorrectas o desfavorables por la supervivencia de nuevas circunstancias. La omisión se produce en la falta de adaptación o perfeccionamiento de las existentes, cuya relevancia jurídico-constitucional radica en las consecuencias gravosas que esa imperfección legislativa pueda originar para la efectividad de los derechos fundamentales²⁹¹.

²⁹⁰ González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 216.

²⁹¹ González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 216.

En cuanto a los plazos para entender producida la omisión, se tiene en cuenta en las órdenes de legislar, sujetas a plazo. Cuando se trata de mandatos constitucionales al legislador, el plazo para que se produzca la inconstitucionalidad por omisión, se toma más en consideración la importancia y esencialidad de la *interpositio legislatoris* (autorización legal) para hacer operativo los derechos recogidos en la Constitución, que el señalamiento de límites temporales²⁹².

Los efectos de la sentencia, se limitan a verificar el incumplimiento, y *dar conocimiento* de la inconstitucionalidad por omisión al órgano competente. No hay otra sanción que una «recomendación» a favor de la «concretización legislativa», no se da una iniciativa legislativa o se crea una norma general²⁹³.

En estas circunstancias, en el ordenamiento jurídico peruano si bien no existe de forma expresa el mecanismo de la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional peruano ha incorporado esta institución a través de la institución procesal del Proceso Constitucional de Cumplimiento²⁹⁴, cuando nos encontremos frente a mandatos constitucionales expresos y resulte la vulneración de derechos constitucionales de forma expresa.

De tal manera, si se presentan los tres supuestos, como son: *a)* La existencia de un mandato constitucional de regulación normativa²⁹⁵, *b)* Transcurso de un periodo de tiempo razonable²⁹⁶; y, *c)* Efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional²⁹⁷, procede aplicar a la jurisdicción constitucional un control de inconstitucionalidad por omisión.

d) Límite frente al legislador

En la Constitución se reconocen normas que se articulan como verdaderos mandatos de respeto o restricciones a la actividad legislativa del Parlamento, y estas

²⁹² González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 217.

²⁹³ González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 217.

²⁹⁴ STCPE. N° 05427-2009-PC/TC, Lima, Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), de fecha 30 de junio de 2010, FJ. 24 y 25, vid. <<http://www.tc.gob.pe>>.

²⁹⁵ STCPE. N° 05427-2009-PC/TC, Lima, Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), de fecha 30 de junio de 2010, FJ. 33-41, vid. <<http://www.tc.gob.pe>>.

²⁹⁶ STCPE. N° 05427-2009-PC/TC, Lima, Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), de fecha 30 de junio de 2010, FJ. 42-43, vid. <<http://www.tc.gob.pe>>.

²⁹⁷ STCPE. N° 05427-2009-PC/TC, Lima, Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), de fecha 30 de junio de 2010, FJ. 44-48, vid. <<http://www.tc.gob.pe>>.

normas por lo general son las disposiciones que consagran derechos fundamentales, así como las competencias o atribuciones reconocidas a los otros poderes del Estado o a las instituciones de relevancia constitucional del Estado, conforman un núcleo indisponible para el legislador. De este modo, no solo las disposiciones constitucionales se ubican como límites al legislador, sino las leyes que de forma directa desarrollan estos contenidos, como son las leyes orgánicas, que conforman el bloque de constitucionalidad²⁹⁸.

Los derechos fundamentales limitan la actuación del poder político desde el plano de lo natural, pero quedan al mismo tiempo a merced de los dictados del mundo de lo positivo. La relación entre individuo y poder político juega en dos sentidos, en la medida que superpone y al mismo tiempo subordina la protección del primero a los intereses del segundo. La eficacia normativa de los derechos depende de qué límites se impongan a la capacidad del poder político de limitarlos. Así, toda injerencia debe estar, ante todo, expresamente prevista por ley, eventualmente completada por su desarrollo normativo o jurisprudencial. El legislador, por su parte, sólo puede permitir las injerencias que estime necesarias, en una sociedad democrática por la consecución de fines constitucionalmente expresados²⁹⁹.

En esta línea, los márgenes de actuación del legislador que tiene sobre los contenidos de la Constitución, se ha postulado la metáfora del marco, que puede ser precisado como lo que está ordenado o prohibido. En razón del modelo del marco, que ha sido descrito con los conceptos de mandato, prohibición y de lo discrecional. Eso también puede hacerse con ayuda de los conceptos de necesidad, imposibilidad y posibilidad. Lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan solo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible. Por lo tanto, el

²⁹⁸ Sobre el bloque de constitucionalidad, *vid.* Rubio Llorente, Francisco: "El bloque de constitucionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, núm. 27, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 9-37.

²⁹⁹ Rodríguez Ruiz, Blanca; "El caso Valenzuela contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 19, núm. 56, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pág. 237.

problema del marco se puede formular también como el problema de la existencia de un ámbito de lo constitucionalmente posible³⁰⁰.

Por ejemplo, los valores como la libertad, o el valor de igualdad, proclamados por el propio texto constitucional, no son enunciados vacíos que permitan al legislador un número infinito de posibilidades a la hora de transmutarlos en reglas. Estos valores, como todos los enunciados constitucionales, imponen límites al legislador. El margen de libertad que el legislador tiene, sin ser ilimitado, es bastante amplio en lo que toca a la «realización» normativa del valor, y ello no sólo porque sea lo propio de una Constitución, sino porque así se desprende del carácter del propio enunciado valorativo: un fin, jurídicamente declarado, por supuesto, pero un fin que no contiene en su enunciación jurídica más elementos de juridicidad que su sola declaración. Posee forma jurídica externa (su condición de enunciado constitucional), pero carece de estructura jurídica interna (ser, en sí mismo, un concepto jurídico o albergar en su seno elementos jurídicamente significativos). Precisamente por ello su transmutación en reglas supone el ejercicio de una variedad de opciones de política legislativa (que le debe estar vedado al órgano jurisdiccional). En resumidas cuentas, en un Estado democrático esa labor han de desempeñarla en exclusiva los representantes del pueblo (el Parlamento) y no los jueces, que poseen legitimidad para «concretar» el Derecho, pero no para crearlo³⁰¹. Lo cual no obsta, por supuesto, que se acuda al juez para que requiera al Parlamento, u otro órgano del Estado, para que cumpla con la función de crear el derecho (dote de una estructura jurídica interna), cuando por ejemplo de por medio está la vigencia de un derecho fundamental. Se acuda a la inconstitucionalidad por omisión, cuando exista un mandato expreso y se vulnere un derecho constitucional.

En este sentido, la cláusula del Estado social y las cláusulas que consagran los derechos sociales en la Constitución, imponen claros límites a la actividad del legislador. Pero estos límites no solo se manifiestan como restricciones o prohibiciones, sino también como moduladores de la actividad legislativa, toda vez que el legislador desarrolle un contenido del Estado social o defina los límites de un derechos social, su

³⁰⁰ Alexy, Robert: "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, núm. 66, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 22.

³⁰¹ Aragón, Manuel: "La eficacia jurídica del principio democrático", Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 26.

función no sólo se ha de manifestar como mandatos de no hacer, o de respetar el principio de no regresividad o la garantía institucional del Estado social o de los derechos sociales, sino, como requerimientos o mandatos de hacer frente a las omisiones del legislador.

En esta misma línea de pensamiento, como límites al legislador, se presenta también la institución constitucional de la *garantía institucional*, la que se refiere a aquellas instituciones o institutos garantizados constitucionalmente, sin relación directa con los derechos fundamentales, y cuya consagración constitucional limita la posibilidad de libre disposición del legislador en su regulación, aunque en estos casos el legislador conserva una amplia discrecionalidad, queda frenado por la exigencia de preservar el núcleo de organización³⁰².

Entre la *garantía institucional* de contenido económico, social y cultural encontramos al matrimonio y la familia con especial protección de los hijos, la autonomía universitaria, la seguridad social, entre otros.

A los elementos descritos corresponde agregar un límite adicional, este límite está referido a la prohibición constitucional de la *sustitución de las formas de realización de los derechos sociales prestacionales*. Al respecto, se tiene en cuenta los límites de la discrecionalidad administrativa para sustituir unas formas de cumplimiento de la obligación pública de prestación por otras, sin que la vía de sustitución llegue a la privación de los requisitos materiales de su eficacia. Y para esto resulta relevante tener en cuenta los elementos de la institución del servicio público, cuya característica central es la prestación del servicio público, el mismo que viene definido por la función del objeto (una prestación a favor de la colectividad), como en función del sujeto a cargo del cual se establece (una Administración pública), por lo que su régimen es, por tanto, de Derecho público³⁰³.

Los derechos que se manifiestan como contrapartida del servicio público, no tienen mejor garantía que una precisa definición de la prestación en que el servicio público consiste. Lo decisivo es que quede claro la modalidad de la prestación, los derechos y deberes de los usuarios, el alcance de dichas prestaciones o lo que se

³⁰² González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 210.

³⁰³ González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, op. cit., pág. 229.

denomina «los estándares de la prestación»: cantidad, calidad, lugar y tiempo³⁰⁴. De este modo, la cláusula del Estado social y los contenidos de los derechos sociales imponen que la regulación de los servicios tenga una configuración más precisa, y se realicen conforme a las cláusulas constitucionales y leyes de desarrollo, y no de otra forma.

Teniendo en cuenta las funciones de los derechos sociales y del valor central que ocupan en el Estado, corresponde ahora conocer los fundamentos sobre los que descansan los derechos sociales. El principio sobre el cual se construyen estos derechos es la igualdad. A esta igualdad, entendida como una igualdad formal postulada por el liberalismo, se adiciona un nuevo significado, o toma un nuevo alcance, ahora la igualdad no sólo viene a ser entendida como la igualdad de todos los individuos a ser libres o que sus derechos se respeten por el Estado, sino, ahora la igualdad, se elabora como el establecimiento de condiciones, instituciones, prestaciones de existencia de las personas, de este modo, la igualdad, así como el reconocimiento de los «nuevos» derechos económicos, sociales y culturales confirman su *status* en el Estado.

Pero estos nuevos contenidos de los derechos humanos, toman en consideración de forma muy especial las condiciones económicas del Estado en el cual se van a ejercer, si bien son muchos los derechos sociales que en la actualidad ostentan toda una institucionalidad que los respalde, lo cual permite su goce o ejercicio, existen algunos derechos sociales, a los cuáles nosotros denominamos derechos sociales prestacionales condicionados (*infra* § 6.6.2.), que requieren de un gasto público o un financiamiento especial del Estado, el cual encontrará respuesta en la Constitución económica del Estado.

5.4. PRINCIPIOS RECTORES DEL ESTADO SOCIAL

El Estado social de Derecho se organiza en función de determinados principios, estos principios son los que determinan su naturaleza, funciones y objetivos. A continuación veamos los más importantes.

³⁰⁴ J.M. Souvirón Morenilla: *La actividad de la Administración y el servicio público*, pág. 532, citado por González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *op. cit.*, pág. 230.

5.4.1. IGUALDAD

La igualdad, históricamente, trata de destruir la heterogeneidad jurídica, es decir, el abigarrado universo de privilegios propio del Antiguo Régimen. Desde el principio de igualdad se construye, no sólo el Estado liberal, sino, incluso, el propio Estado, que comporta la integración de las personas en la comunidad política como verdaderos ciudadanos³⁰⁵. La igualdad burguesa sólo puede significar un tratamiento igual de todos los ciudadanos jurídico-formal, con independencia de las situaciones existenciales. La universalidad y la generalidad de la ley, el trato igualitario, por diferentes que sean las situaciones de hecho, se convierte en poderoso mecanismo de conservación y legitimación de las situaciones sociales realmente existentes³⁰⁶.

En esta línea se puede compartir la idea de que “la ficción de la igualdad formal, operando en el contexto de una desigualdad real, conduce a la conservación de la desigualdad, cuando no, a su y hace que, en muchos casos, el principio de autonomía de la voluntad opere, más que como instrumento de libre equilibrio entre las partes, como instrumento de verdadera dominación”³⁰⁷.

En el Estado social, la igualdad está ligada con el criterio de no discriminación que comporta dos importantes alteraciones: *a*) la consideración discriminatoria, y por tanto, de inconstitucional, de toda diferencia constitucionalmente injustificada (irrazonable), y *b*) no sólo la aceptación, sino la promoción y legitimación de diferencias en el tratamiento jurídico que descansa en situaciones relevantes de hecho distintas: el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales³⁰⁸.

La igualdad, es un dato propio que se forma en la comunidad, y el principio de igualdad se evidencia en su mayor dimensión en la condición de persona del ser humano. La persona, significa el reconocimiento de ciertas atribuciones y derechos al individuo, y estos atributos son reconocidos por la comunidad, así como limitantes de ésta.

³⁰⁵ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado social”, *op. cit.*, pág. 163.

³⁰⁶ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado social”, *op. cit.*, pág. 163.

³⁰⁷ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado social”, *op. cit.*, pág. 155.

³⁰⁸ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado social”, *op. cit.*, pág. 164. Sobre una interpretación de la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» *vid.*, Cuba, Joaquín Martín: “El concepto de igualdad en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, núm. 53, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 183-185.

La igualdad se despliega en el Estado, y conlleva a que éste otorgue un tratamiento político-jurídico en las mismas condiciones a las personas, lo cual, en el ámbito del Derecho hace que la igualdad se manifieste en la ley, así como ante la ley³⁰⁹. Y, en el ámbito político, se organice al Estado en razón de garantizar las condiciones materiales de existencia a los ciudadanos, es decir de garantizarles de una procura existencial³¹⁰.

5.4.2. DERECHOS ECONÓMICOS

Tradicionalmente, por derechos de naturaleza económica se ha entendido al derecho de propiedad, la libertad de empresa (autonomía privada y libertad contractual) y el derecho de trabajo y al trabajo. Se ha reconocido a nivel constitucional, pero además se ha establecido que su regulación solo puede hacerse por ley³¹¹. En lo tocante al contenido económico del Estado, que abarca la actividad financiera del Estado (impuestos, gastos, deuda pública y empréstitos públicos), su vertiente patrimonial (dominio público y patrimonio real), se introduce cláusulas de intervención y actuación económica del Estado³¹².

La actuación económica deja de ser una actividad inicialmente reservada a los particulares para poder ser ejercida también por los entes públicos. Sin embargo, la equiparación entre los sujetos privados y los entes públicos no es absoluta e incondicionada, actividad económica estatal estará sometida a la existencia de principios, como principio de subsidiariedad, racionalidad del gasto público, adecuación a las exigencias de la economía de mercado en su actuación externa (precios, tarifas, relaciones con los consumidores) y racionalización en la financiación pública, al menos

³⁰⁹ La igualdad *en* la ley (contenido), es el conjunto de deberes, derechos y garantías del ordenamiento jurídico. El contenido de las leyes sea igual para todos, o desigual si así corresponde, sobre la fase o en función de la justicia. La igualdad *ante* la ley (aplicación), implica que todos debemos cumplir el mandato de la ley, y no sólo los órganos del Estado, asimismo, tales órganos deben interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, sin incurrir en discriminación.

³¹⁰ Sobre la procura existencial, *vid.* Díez Moreno, Fernando: *El Estado social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 191-210.

³¹¹ Fernández-Espinar y López, Luis Carlos: "Constitución y sistema económico", en *Revista Española de Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 18, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986, pág. 237.

³¹² Fernández-Espinar y López, Luis Carlos: "Constitución y sistema económico", *op. cit.*, pág. 239.

en la fase de dotación del capital funcional, así como la reserva de recursos y servicios esenciales al sector público³¹³.

La economía incide directamente en las funciones del Estado social, el mismo que se manifiesta por ejemplo en la inflación que afecta dramáticamente con más gravedad a los beneficiarios de las medidas sociales que dispensa el Estado social, en definitiva la inflación y el déficit presupuestario comprometen frontalmente la realización misma del programa del Estado social de bienestar y erosionan la productividad de la economía privada³¹⁴. Y esto se produce justamente por la precariedad de las prestaciones, es decir, por la falta de institucionalidad o engranaje de esta función, prestaciones, deberes dentro de la organización estatal, que en términos jurídicos tendría que ser expresada en la norma constitucional, o en su defecto en leyes de desarrollo constitucional que garanticen su autonomía, y no estén supeditadas a los vaivenes de los ciclos económicos y de la demagogia de los gobiernos de turno.

Entonces, el Estado social comprende distintas directrices de actuación pública, interferirá con el modelo constitucional de la economía de mercado, con el derecho de propiedad o con la autonomía de la voluntad y, desde luego, ha de interferir siempre con las indiscutibles prerrogativas del legislador para diseñar la política social y económica³¹⁵.

5.4.3. DERECHOS SOCIALES PROPIAMENTE EXISTENTES

Los derechos no ofrecen cobertura a cualquier conducta, pero sí imponen una carga de justificación o argumentación sobre las restricciones que se impongan³¹⁶. Los derechos sociales o también conocidos como los principios rectores de la política social y económica, para un sector de la doctrina³¹⁷. Tratados como una suerte de “desconstitucionalización” operada por la propia Constitución, que habría dejado de ser una norma vinculante para convertirse en una bien intencionada recomendación³¹⁸.

³¹³ Fernández-Espinar y López, Luis Carlos: “Constitución y sistema económico”, *op. cit.*, pág. 239.

³¹⁴ Fernández-Espinar y López, Luis Carlos: “Constitución y sistema económico”, *op. cit.*, pág. 243.

³¹⁵ Prieto Sanchís, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 54.

³¹⁶ Prieto Sanchís, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, *op. cit.*, pág. 61.

³¹⁷ Prieto Sanchís, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, *op. cit.*, pág. 67.

³¹⁸ Prieto Sanchís, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, *op. cit.*, pág. 67.

Allí donde no existe un catálogo explícito de derechos sociales, como sucede en la Constitución alemana, la viabilidad de su tutela depende de que se puedan adscribir a otros derechos fundamentales explícitos³¹⁹.

De este modo se ha afirmado, “la dificultad principal de los derechos sociales deriva de su propia estructura o fisonomía, que responde a la tipología de las normas programáticas, directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferente grado o, lo que es lo mismo, porque no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines, pero sin imponer los medios adecuados para ello, ni siquiera tampoco la plena satisfacción de aquellos fines: «realizar una política de [...] u orientada a [...], promover las condiciones para» en puridad no supone establecer ninguna conducta determinada como jurídicamente debida, no sabemos a partir de qué umbral de incumplimiento comienza a operar la garantía. Incluso cuando los principios adoptan la forma externa de derechos, resultan tan imprecisos que apenas permiten fundar pretensiones concretas por vía de interpretación: el derecho a la vivienda, por ejemplo, puede intentar satisfacerse mediante subsidios de alquiler o fijado un precio tasado o, en fin, mediante la construcción pública; por otro lado, ¿qué condiciones ha de reunir una “vivienda digna”?, ¿debe garantizarse a todos o sólo a quienes carecen de cierto nivel económico?”³²⁰.

Para este sector de la doctrina, los derechos sociales presentan dificultades añadidas: enunciados poco concluyentes que no imponen conductas concretas, exigencia de medios financieros y de servicios públicos, frecuente colisión con otros derechos o con las prerrogativas del legislador para diseñar su política social y económica. Todo ello es cierto, pero no impone una abdicación absoluta del Derecho a favor de la política³²¹.

Pero esta diferente conceptualización de los derechos sociales ha de ser resuelta, en nuestros términos, en su consideración de derechos fundamentales, solo que en el caso de los derechos sociales de contenido prestacional condicionado (*infra* § 6.6.2.) se requiere de la intervención de los poderes públicos, es decir, provocar su institucionalización (*infra* §6.8.2.).

³¹⁹ Prieto Sanchís, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, *op. cit.*, pág. 68.

³²⁰ Prieto Sanchís, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, *op. cit.*, pág. 68.

³²¹ Prieto Sanchís, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, *op. cit.*, pág. 70.

5.4.4. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y PRESUPUESTO

No hay ni un «modelo» económico en la Constitución ni una neutralidad de la misma en materia económica. Más bien existe, puesto que la Constitución del Estado social no se limita a ordenar al Estado sino que también constituye, de algún modo y hasta cierto punto, la sociedad, una Constitución económica. Hay un marco que delimita, muy ampliamente, las posibilidades de la libre acción política, que éstas jamás podrá traspasar sin agredir la norma constitucional³²².

La Constitución abre un campo de lícita actuación: *A) transformador*, las posibilidades que abren están avaladas por las amplias posibilidades de intervención estatal en el proceso económico (función social de la propiedad y de la herencia); dimensión social o colectiva del derecho al trabajo, que reclama una política de pleno empleo; subordinación de toda la riqueza al interés general; reconocimiento de la iniciativa pública y de la posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales o de invertir en las empresas privadas cuando lo exija el interés general; regulación de la participación en la empresa y del acceso de los trabajadores a la propiedad; habilitación para la planificación estatal, y el mandato de remoción de los obstáculos para una libertad e igualdad real y efectiva. *B) conservador*, las posibilidades de limitación del intervencionismo están avaladas, siempre con ánimo exhaustivo, por el reconocimiento de la propiedad privada y de la herencia como derechos fundamentales; de la libertad de empresa como derecho fundamental y de la economía de mercado como garantía institucional³²³.

Se trata de límites y de habilitaciones dentro de un gran campo de juego y el juego se desarrollará, dentro de los límites constitucionales, en el ámbito de la política. No hay neutralidad de la Constitución económica porque existen límites en ambas direcciones: habilita para la intervención internamente en el proceso económico, pero no para destruir la economía de mercado ni para invadir el contenido esencial del derecho a la propiedad privada o a la libertad de empresa; de otro lado, limitan, sería inconstitucional toda regulación de la propiedad privada que ignorase los intereses

³²² Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, pág. 170.

³²³ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, pág. 172.

generales; un sistema fiscal regresivo o que eliminara de forma sustancial toda progresividad; toda acción tendiente a consolidar o crear monopolios³²⁴.

Ni la Constitución sabe la forma más conveniente del fin perseguido (el Estado de bienestar) ni mucho menos los medios más idóneos para alcanzarlo en cada momento, ni siquiera el calendario adecuado ni la administración de prioridades³²⁵. Puede intervenir en el proceso económico con objeto de remover obstáculos que dificulten el ejercicio efectivo de la libertad y de la igualdad, pero puede no hacerlo o hacerlo de muy diversas maneras e intensidades o deshacer lo hecho³²⁶.

En esta medida, en la Constitución económica un contenido que ocupa un lugar central es el referido a la elaboración, formulación y los fines del presupuesto del Estado. Entre los fines del presupuesto tenemos los siguientes³²⁷:

a) Facilitar el conocimiento y control político-parlamentario del programa económico del Ejecutivo.

b) Coadyuvar a la ejecución eficiente y a la fiscalización administrativo-financiera por parte de la Contraloría General de la República.

c) Prever los posibles efectos económicos y sociales de los programas de ingresos y gastos fiscales durante un ejercicio presupuestal.

d) Interpretar, a través de los programas de obras, servicios y cometidos, el sentido de la noción bien común.

Asimismo, el presupuesto tiene como características las siguientes³²⁸:

a) Es un acto de previsión y ordenamiento, destinado a regular la función administrativa y financiera del Estado.

b) Es un acto de autorización de ejecución del gasto público, concedida por el Congreso mediante ley expresa y especial.

c) Tiene un plazo legal determinado y expiratorio para la autorización de ejecución del gasto público (un año).

³²⁴ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, págs. 172-173.

³²⁵ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, pág. 178.

³²⁶ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: "El Estado social", *op. cit.*, pág. 179.

³²⁷ STCPe. N° 004-2004-CC/TC, Lima, Poder Judicial, 31 de diciembre de 2004, FJ. 7., *vid.* <<http://www.tc.gob.pe>>.

³²⁸ STCPe N° 004-2004-CC/TC, Lima, Poder Judicial, 31 de diciembre de 2004, FJ. 10, *vid.* <<http://www.tc.gob.pe>>.

d) La existencia esencial de ejecución del gasto público, bajo responsabilidad funcional. Para tal efecto, existen medidas de control para el correcto uso de la autorización concedida.

e) La programación y ejecución es concordante con los criterios de eficiencia de las necesidades sociales básicas y de descentralización.

5.5. CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y LOS DERECHOS SOCIALES

Sobre la garantía y la eficacia directa de los derechos sociales, aunado a las consideraciones anteriores, existen posturas que no reconocen una eficacia jurídica directa a estos derechos, los mismos que se basan en razón de su naturaleza. Se ha considerado a los derechos sociales como: a) derechos incompatibles con los derechos «liberales»; b) derechos medios o instrumentos para la protección de los derechos de libertad; c) derechos sólo de obligaciones positivas; d) de eficacia diferida, tutelables jurisdiccionalmente sólo con la intervención del legislador, es decir como derechos de configuración legal, y, finalmente, e) derechos prestacionales, derechos contenidos en normas programáticas.

De los problemas de la garantía y de la eficacia de los derechos sociales, a continuación se desarrollará los problemas referidos a la naturaleza arriba mencionados. En este sentido, veamos brevemente³²⁹ las objeciones que se han planteado sobre la naturaleza de los derechos sociales y las respuestas a las mismas.

5.5.1. DERECHOS SOCIALES Y DERECHOS DE LIBERTAD

Los derechos sociales no excluyen, vulneran o prohíben los derechos civiles y políticos (derechos liberales o de libertad), ni tampoco son instrumentos o medios para su pleno ejercicio, los derechos sociales al igual que los derechos liberales y los derechos fundamentales en general son fines en sí mismos, su protección y eficacia es autónoma e independiente. La autonomía e independencia de la tutela y eficacia de los derechos sociales no significa que sean derechos que existen al margen o aislados de los demás derechos, recuérdese que los derechos humanos, derechos fundamentales en el orden interno, son manifestaciones y proyecciones de la dignidad del ser humano, de su

³²⁹ Para un análisis más detallado, *vid.*, Chávez Rabanal, Mario G.: *Contenido constitucional del derecho fundamental a pensión, op. cit.*, págs. 95-129.

esencia de éste ser denominado humano, la dignidad es única, pero, la dignidad, al proyectarse en la realidad se manifiesta en derechos con contenidos diferentes, por ello, la relación que existe entre los derechos liberales y sociales es una relación de complementariedad, integridad, unidad, antes que, una relación de condicionalidad o instrumentalidad, o en otros términos, de medio a fin.

La protección de la dignidad exige que los ciudadanos sean preservados de los peligros de la explotación, la opresión y la pobreza, exige que se creen presupuestos que hagan viable que la persona se realice íntegra, física, material y espiritualmente, se realicen entre iguales, en un elemento común como es la *polis* o Estado; es decir, que todos los ciudadanos gocen de calidad de vida y se desarrollen autónoma e independientemente, sin obstáculos de índole social, económica, cultural, racial, de poder, etc.

Entre los derechos sociales y los derechos de libertad no existen diferencias estructurales que hagan completamente diferentes a estos derechos, de hecho, aunque es evidente que cada uno de los derechos fundamentales tiene un contenido diverso y despliega en consecuencia efectos normativos diferentes, no puede decirse que exista algo así como una *diferencia genérica o estructural* entre los derechos sociales y los derechos liberales³³⁰. En algunos casos, ciertamente surgirá una cortapisa a los derechos liberales por el reconocimiento o ejercicio de los derechos sociales. Pero, en otros, los derechos sociales serán el complemento, sostén o perfeccionamiento de los derechos de libertad, ya que garantizan al hombre el bienestar y seguridad necesarios, la igualdad, para hacer realmente efectivo el ejercicio de sus libertades.

Tanto los derechos de libertad como los derechos sociales tienen un sólo origen, el ser humano, el pleno respeto de su dignidad. El reconocimiento de los derechos sociales “no tiende a absorber o anular la libertad individual, sino a garantizar el pleno desarrollo de la subjetividad humana, que exige conjugar, a un tiempo, sus dimensiones personal y colectiva. Por ello, estos derechos se integran cabalmente en la categoría

³³⁰ Carbonell, Miguel: “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en AA.VV.: Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 34, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, D.F., 2004, pág. 320.

omnicomprensiva de los derechos fundamentales, a cuya conformación han contribuido decisivamente”³³¹.

5.5.2. DERECHOS SOCIALES: CONTENIDO POSITIVO Y NEGATIVO

Contrariamente a lo que usualmente se cree, los derechos de libertad requieren, para poder tener relevancia práctica y no quedar como buenos deseos incluidos solamente en el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de *no hacer* y obligaciones de *hacer* para las autoridades. Lo mismo sucede con los derechos sociales, que generan para la autoridad tanto obligaciones de abstención como obligaciones de *realización*, que requieren de actividades prestacionales en muchos casos³³².

Por otro lado, hay sectores de los derechos sociales, los así llamados *derechos sociales de libertad* que entrañan libertades en sentido estricto, como por ejemplo el derecho de huelga o la libertad sindical, el derecho de elegir profesión, libertad de enseñanza, libertad de elegir escuela, los derechos de familia por lo que se refiere a la libertad de contraer matrimonio y al derecho de procreación, la libertad de emigrar, entre otros; que frente a las autoridades y terceros generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto (además de obligaciones de tutela, como en el caso de todos los derechos); en una situación parecida se encuentran aquellos derechos de los trabajadores que no requieren *prima facie* de prestaciones del Estado para poder ser realizados o también denominados *derechos no prestacionales*, como el derecho a un día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral, el derecho a vacaciones³³³ y de aquellas medidas fácticas, normativas o judiciales que disminuyan o restrinjan los derechos “sociales” (principio de *no regresividad*).

En ese sentido, no hay «derechos gratuitos» y «derechos caros»; todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas. En consecuencia, de un

³³¹ Pérez Luño, Antonio-Enrique: *Los derechos fundamentales*, 5ª. edición, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 25.

³³² Carbonell, Miguel: “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *op. cit.*, pág. 320.

³³³ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 20, reimpresión, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2004, págs. 191 y 192.

análisis detenido de las categorías «derechos civiles» (de libertad) y derechos sociales concluimos que no hay elementos suficientes para establecer una división clara entre ellas y que las diferencias que pueden existir son más de grado que de sustancia; a partir de esa conclusión se puede defender también la tesis de la indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos³³⁴.

Así: “todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas: positivas o negativas, en parte costosas y en parte no costosas. El derecho a la libertad de expresión no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo; el derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante las interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos; el derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas; e incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas”³³⁵.

En conclusión, los derechos sociales, al igual que los derechos de libertad, contienen obligaciones positivas como negativas, despliegan efectos normativos plenos y directos; esos efectos deben ser exigidos incluso en sede judicial, para lo cual se deben contar con vías idóneas de exigencia, sin dejar de tener presente que conllevan efectos presupuestales importantes y que la realización completa de algunos de ellos: vivienda, puestos de trabajo, etc. quizá no puedan darse de forma completa inmediatamente, pero sí en un plazo razonado de tiempo (*como* y *cuando*); lo cual no significa que se desamparen también en su totalidad; sino, que existe en todos los derechos sociales un contenido exigible, indispensable y tutelable inmediatamente, contenido determinable en un caso concreto y en función del bienestar material y de la calidad de vida, además

³³⁴ Carbonell, Miguel: “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *op. cit.*, pág. 321; en esa misma línea, *vid.* Prieto, Luis: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores): *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Serie Doctrina Jurídica, núm. 28, 1ª. edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2000, págs. 24 y ss.

³³⁵ Pissarello, Gerardo: *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, págs. 29-30.

recuérdese que todos los derechos sociales *obligan*, son derechos jurídicamente reconocidos, y no son buenos *deseos* o *programas políticos*, *un ramillete colorido de buenas intenciones*, sino simplemente son normas jurídicas y que como tales deben ser vistas, analizadas y aplicadas³³⁶.

5.5.3. LOS DERECHOS SOCIALES COMO FINES EN SÍ MISMOS

Los derechos sociales no son instrumentos, presupuestos o medios indispensables para el ejercicio o realización de los derechos de libertad, tutelables jurisdiccionalmente sólo cuando se vulneren o se pongan en peligro los derechos de libertad.

La «instrumentalidad» de los derechos sociales se basa en entender a los derechos sociales como medios adecuados de realización o protección de los derechos de libertad, se parte de colocar a la libertad por encima de la igualdad, así se señala que “*el argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de libertad*”³³⁷, se resalta que la satisfacción de las necesidades ajenas a los derechos sociales por parte del Estado representa un medio indispensable para el ejercicio de la libertad jurídica. En razón de este nexo instrumental debe considerarse que la libertad jurídica se amplía e incluye a los derechos sociales en su ámbito iusfundamentalmente garantizado, o sea, que los derechos sociales deben ser considerados como derechos fundamentales en virtud de su función a favor de la libertad³³⁸.

En la misma línea, se señala que los derechos sociales encuentran su justificación “ciertamente no como contra-principio frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio del aseguramiento de la libertad: si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los

³³⁶ Carbonell, Miguel: “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *op. cit.*, pág. 322.

³³⁷ Alexy, Robert: “Derechos sociales fundamentales”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores): *Derechos sociales y derechos de las minorías*, *op. cit.*, págs. 71 y ss.

³³⁸ Alexy, Robert: citado por Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 353.

bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización”³³⁹.

Del mismo modo, otros autores han reivindicado la fundamentación de los derechos «sociales» como medios no sólo para el ejercicio de las libertades, sino también propiamente para los derechos políticos. Habermas³⁴⁰ señala que los derechos «sociales» son medios para el disfrute en condiciones de igualdad de los derechos individuales y políticos («liberales»); o también se ha señalado que “por debajo de un cierto nivel de bienestar material, social, de aprendizaje y de educación, las personas no pueden tomar parte en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos iguales”³⁴¹.

En esta dirección, tenemos la fundamentación instrumental de la tutela de los derechos sociales en función de los derechos de libertad, así por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que “la seguridad social es considerada en su Carta Política como un derecho prestacional que en principio no es fundamental, y en esa medida no es susceptible de protección mediante la acción de tutela. Sin embargo, en los casos en que la violación del derecho a la seguridad social implica una amenaza o una vulneración de derechos fundamentales, y mediante la protección del primero se pueden restablecer estos últimos, la tutela del derecho a la seguridad social resulta procedente. En estos casos, la jurisprudencia de la Corte ha afirmado que el derecho a la seguridad social se torna fundamental por conexidad. Esta relación de conexidad entre derechos fundamentales y otros que no lo son, es la que permite a los jueces constitucionales extender el ámbito de protección de la acción de tutela”³⁴².

En nuestro ordenamiento constitucional, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, el máximo intérprete de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional peruano ha adoptado en algunos caso también la tesis de la

³³⁹ Böckenförde: citado por Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, op. cit., pág. 353.

³⁴⁰ Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, op. cit., pág. 354.

³⁴¹ Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, op. cit., pág. 354.

³⁴² SU 623/01, del 14 de junio del 2001, primer párrafo, del punto 2, del capítulo segundo.

instrumentalidad de los derechos sociales para dotarlos de tutela constitucional, así se evidencia en la sentencia recaída en el STCPE N° 2945-2003-AA/TC³⁴³, emitida el 20 de abril de 2004, en el fundamento N° 6, cuando señala “si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2 de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7 y 9 de la Constitución, este Tribunal, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC N° T- 499 Corte Constitucional de Colombia)”. Concediendo, de este modo, protección jurídica a un derecho social, como lo es el derecho a la salud, no propiamente por la afectación al derecho mismo, es decir por la afectación al derecho a la salud propiamente dicha, “sino por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, y por razones fundadas en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA^{344,345}”.

Ante estas consideraciones, se puede señalar que los deberes de solidaridad implícitos en los derechos «sociales», que favorecen a quienes no pueden velarse por sí mismos, no tienen como fin prioritario patrocinar el ejercicio de la libertad, sino promover lo necesario para la subsistencia del individuo en condiciones dignas. Lo que en realidad importa es reconocer que el hombre tiene determinadas necesidades, que le son inherentes, y cuya satisfacción es uno de los fines principales de la comunidad política³⁴⁶.

Estas necesidades fundamentan los derechos sociales (propenden la satisfacción de las necesidades materiales, vitales y físicas) y los derechos de libertad (que intentan colmar las necesidades que subyacen al ejercicio de la libertad y los relativos a las

³⁴³ Desde otra perspectiva, esta sentencia es una manifestación de la sustitución del otorgamiento de las pretensiones, *vid.* el sub-capítulo 8.8. de la presente tesis.

³⁴⁴ Situación ésta, relacionada más con la consideración de derecho de configuración legal que con la instrumentalidad del derecho social, figura que se verá en el siguiente punto.

³⁴⁵ STCPE. N° 02945-2003-AA/TC, Lima, Azanca Alhelí Meza García, de fecha 20 de abril de 2004, FJ. 50, *vid.* <<http://www.tc.gob.pe>>.

³⁴⁶ Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, *op. cit.*, pág. 355.

necesidades de cooperación política con los demás individuos). Las normas que tipifican los derechos sociales no son principalmente un medio para la realización de la libertad; dichas normas tienen la finalidad propia de ofrecer a todos los individuos las condiciones mínimas para satisfacer sus necesidades básicas y para sobrellevar una existencia digna; los derechos sociales revisten el carácter de derechos atribuidos sobre todo a quienes carecen³⁴⁷, los derechos sociales no buscan una procura de libertad, sino fundamentalmente la protección de la dignidad de la persona humana a través de garantizar una calidad de vida, procura existencial y de mantener un *status* de igualdad.

Por otro lado, entender a los derechos sociales como fines en sí mismos permite desligar su promoción y tutela de los derechos de libertad, los derechos sociales en el marco del Estado social de Derecho buscan como fin principal dotar a la persona de bienestar material, de calidad de vida, de extinguir las carencias materiales, dotar de autonomía económica, bienestar físico-psíquico e intelectual; logra, conjuntamente con los derechos de libertad, la plena realización de la persona como ser integral y unitario, los derechos sociales y los derechos de libertad no son contrarios, son complementarios, son expresiones diferentes de la dignidad; el ser humano se realiza íntegramente con la eficacia y protección de ambas «clases» de derechos.

No es cierto que sólo la eficacia plena de los derechos de libertad garantiza la completa realización del ser humano, y en ese sentido, los derechos sociales como derechos «instrumento», tendrían el fin de conseguir las condiciones para lograr y hacer viable la «libertad». Si bien, no puede existir ser humano sin libertad, tampoco, es menos cierto, que el ser humano se acabe con la realización de la «libertad», el ser humano es «libertad» y más; el ser humano en un mundo público en el cual puede existir tiene que ostentar un *status* de igualdad, entonces, no sólo necesita libertad, también un reconocimiento igual a sus congéneres, por ello ha de poseer salud, alimentos, cultura, vestido, vivienda, condiciones de trabajo, con su plena «satisfacción» (vigencia o realización) se logra el fin supremo de la realización autónoma e independiente de la personalidad (metas, sueños, aspiraciones) en fin, realiza su proyecto de vida. Consagrar sólo a la libertad como fin único y supremo significa fragmentar al ser humano en un sector o parte de su naturaleza, y lo peor, significa reconocer solo una parte de su

³⁴⁷ Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, op. cit., pág. 355.

esencia, significa tener un ser humano realizado parcial y fragmentadamente, se deja los otros campos de su ser postergados, aislados y condicionados³⁴⁸.

De tal manera, los derechos fundamentales sean liberales o sociales expresan y concretizan un contenido propio de las exigencias de la esencia y naturaleza del ser humano, un derecho puede efectivizar la libertad, la autonomía, otro la igualdad, otro la solidaridad, otro la salud, otro la cultura, etc.; pero se requiere de la eficacia plena de todos ellos para tener un ser humano plena e íntegramente realizado; en ese sentido, los derechos concurren en el mismo nivel o grado de importancia, sin que unos sean de primera, segunda y de tercera generación; o, derechos fin y otros derechos medio o instrumento, todos los derechos son vitales y son todos igualmente importantes, son concurrentes y complementarios unos con otros, garantizan y expresan la dignidad del ser humano, su esencia.

5.6. DERECHOS PROGRAMÁTICOS Y DERECHOS DE CONFIGURACIÓN LEGAL

5.6.1. DERECHOS PROGRAMÁTICOS

Es usual que a los derechos sociales los califiquen como derechos programáticos, declaraciones de principio, de efectividad diferida, mandatos de optimización, no vinculantes para el legislador, para los tribunales y los ciudadanos. Esta postura encuentra sus raíces en la doctrina prevaleciente en la mentalidad jurídica de la época de la Constitución de Weimar que señalaba que las disposiciones de la Constitución de Weimar que regulaban derechos sociales no eran fuentes de deberes para el legislador, menos aún para los tribunales; sino, eran como programas que éste, el legislador, podía desarrollar a su arbitrio y discreción³⁴⁹.

La concepción de las normas de derechos sociales como normas programáticas les niega cualquier tipo de carácter vinculante frente al legislador. Correlativamente, deniega cualquier expectativa, ventaja o pretensión que pudiera atribuirse al individuo y que pudiera considerarse exigible por vía jurisdiccional. Desde esta perspectiva, las disposiciones de derechos prestacionales sólo cumplen una función política de fuente de

³⁴⁸ Chávez Rabanal, Mario G.: "Contenido constitucional del derecho a pensión", *op. cit.*, pág. 110.

³⁴⁹ *Cfr.* Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, *op. cit.*, págs. 34 y 35.

inspiración del contenido de las leyes. Su dimensión jurídica no se proyecta frente a la ley, como ocurre en el caso de las libertades, sino que comienza a partir de la ley³⁵⁰.

La concepción de las normas programáticas se fundamenta básicamente en tres argumentos. En *primer lugar*, a partir de un argumento de filosofía política de la fundamentación de los derechos, se señala que el único objeto digno de protección es la libertad negativa. De acuerdo con esta postura, los derechos sociales carecen de fuerza vinculante, porque no persiguen la protección de la libertad negativa; incluso en muchos casos, exigen justo todo lo contrario: la restricción de la libertad³⁵¹.

A este argumento puede oponerse válidamente la concepción de persona subyacente al Estado Constitucional, que reconoce, que junto a la libertad, el individuo tiene determinadas necesidades básicas cuya satisfacción también debe ser garantizada mediante los derechos fundamentales. La exigencia de satisfacer estas necesidades por medio de la actividad del Estado es una razón contundente para desmentir la virtualidad de la tesis de las normas programáticas³⁵².

Asimismo, la igualdad sustancial que gozan las personas en la comunidad política, también destruye este argumento, en la medida que esta organización política, el Estado por ejemplo, está conformado por seres iguales, por seres similares política y jurídicamente, todos ostentan la condición de seres humanos, de personas en el Estado, de tal modo que el principio estructural de esta organización política está definida por la igualdad más que por la libertad.

³⁵⁰ Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, op. cit., pág. 363.

Asimismo, se señala que el “problema radica en la dependencia de la vigencia de los derechos sociales a la situación de bienestar económico del Estado, por ello si bien los derechos sociales son normas de cumplimiento obligatorio diferido del Estado, la exigencia judicial de la aplicación de las mismas sólo es factible de realizarse en la medida que el legislativo y el gobierno hayan presupuestado el cumplimiento de las mismas. Con lo cual, la eficacia de los derechos sociales previstos en la Constitución, queda reducida a la decisión política del gobierno y en el mejor de los casos a la negociación del gobierno con la oposición; pero, sin llegar a cerrar la nueva brecha entre los derechos jurídicos y derechos reales, que caracterizó desde una perspectiva individualista al divorcio entre la libertad jurídica y la libertad real”. Landa Arroyo, César, “Teoría de los derechos fundamentales”, op. cit., pág. 69.

³⁵¹ Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, op. cit., pág. 364.

³⁵² Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, op. cit., pág. 364.

En *segundo lugar*, se argumenta la indeterminación de las disposiciones que reconocen los derechos sociales. Esta postura pretende hacer valer que dichas disposiciones que prescriben algunos fines –educación, salud, vivienda, trabajo para todos, renta mínima, etc.– y que deben ser procurados o conseguidos; no establecen o determinan los medios posibles para ser realizados, ni tampoco las condiciones que las hagan viables. La Constitución rara vez especifica cuál de estos medios debe ser adoptado por el legislador, ni la oportunidad en que deben ser llevados a la práctica, así como tampoco señala el grado en que los fines deben ser cumplidos: no determina si se pretende un grado máximo, medio o mínimo de satisfacción de las necesidades del individuo³⁵³.

Este segundo argumento se sustenta sobre dos premisas verdaderas, de las cuales se extrae, sin embargo, una conclusión extrema y por lo tanto insostenible. Es cierto que las disposiciones de los derechos sociales sólo en pocas ocasiones especifican cuáles son los medios de protección que deben ser adoptados³⁵⁴; pero, por lo general, en las constituciones sólo se reconocen los fines, no se indica la medida, ni la manera, ni la oportunidad en la que deben ser realizados o promovidos. Las disposiciones que reconocen derechos sociales no son las únicas que se muestran como indeterminadas, sino, esta característica es también propia de las disposiciones que reconocen derechos de libertad³⁵⁵, así, en realidad se trata de una dificultad de la que no están exentos el resto de los derechos constitucionales y que *obligan a concebir la certeza jurídica, antes que como punto de partida, como producto y punto de llegada* (piénsese en el alcance semántico, nada inequívoco, del derecho a la vida, la libertad de expresión, a la libertad personal, y otros derechos civiles clásicos).

Ahora, de la circunstancia de que las disposiciones de derechos sociales no prescriban los medios que el legislador debe poner en práctica, no puede deducirse la

³⁵³ Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, op. cit.*, pág. 364.

³⁵⁴ Por ejemplo el Artículo 10º de la Constitución peruana reconoce a la seguridad social, a los regímenes de pensiones y a la pensión como medios eficaces para proteger a la persona de las contingencias y para elevar la calidad de vida, STC 1396-2004-AA/TC, fundamento jurídico Nº 3. Así también el Artículo 41º de la Constitución española, se refiere a la seguridad social como medio prescrito para conseguir los fines de asistencia y el cubrimiento de las prestaciones suficiente ante situaciones de necesidad.

³⁵⁵ Neuner, Jörg: “Los derechos humanos sociales”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 257.

pérdida de fuerza normativa de la prescripción de los fines. Los fines están prescritos y ordenados por la Constitución al legislador a que adopte uno de los medios posibles, así como el logro de un nivel mínimo de satisfacción del fin establecido. Mandatos que tienen que ser armonizados con el tiempo y la economía de la nación, en el medida que año tras años el Estado debe de ir aumentando o reservando partidas presupuestales para el logro de estos fines, y en esa labor no solo actúa el legislado o el ejecutivo, sin también puede ser configurada por los órganos jurisdiccionales llamados a garantizar los derechos constitucionales.

En *tercer lugar*, se señala que la elección de los medios idóneos para el cumplimiento de los fines prescritos por los derechos sociales y la determinación de la oportunidad más indicada para desplegarlos, corresponde por entero al legislador. Así, se señala que la adopción de medios o de estrategias en el ámbito social y económico es un asunto político y no de interpretación constitucional. Si se abre la puerta a la aplicación jurisdiccional de los derechos sociales, el Tribunal Constitucional no terminaría interpretando la Constitución, sino decidiendo acerca de cuáles son los medios que deben ser adoptados para la satisfacción de los objetivos sociales, de la misma forma en que lo haría el legislador. Afectando el principio democrático y el buen funcionamiento del Estado, porque el Tribunal Constitucional está desprovisto de legitimación democrática para tomar decisiones políticas³⁵⁶.

Este tercer argumento es quizás el más importante. “Nada hay que objetar a que en un Estado Constitucional el Parlamento sea quién deba decidir acerca de las políticas económicas y sociales, y por consiguiente, quien debe elegir los medios propicios para satisfacer las necesidades implícitas en los derechos sociales. Lo cual no lo faculta a desconocer el carácter normativo y vinculante de las disposiciones de derechos sociales. Estas disposiciones vinculan al legislador porque aparecen incluidas en la Constitución, a la que están sujetos los ciudadanos y los poderes públicos[...]. Entre las competencias legislativas y la vinculación a los derechos sociales, que puede hacer efectiva el Tribunal Constitucional, no se presenta un problema de contradicción lógica; no se trata de un dilema de todo o nada, que se deba zanjar mediante la aceptación de una regla general (la vinculación del legislador a la Constitución) y una excepción (la

³⁵⁶ Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, op. cit., pág. 367.

desvinculación en cuanto a las regulaciones de los derechos sociales). En realidad se trata de dos magnitudes que dirigen su fuerza en sentido contrario, que no pueden reducirse entre sí por completo y que tanto deben ser compaginadas. La necesidad de que el legislador disponga de un amplio margen de apreciación, sólo en el caso de los derechos sociales condicionados (derechos prestacionales propiamente dichos), no despoja a los derechos sociales de toda su fuerza vinculante, como lo pretende la tesis de las normas programáticas, así como la vinculación que emana de estos derechos no puede expropiar absolutamente al Parlamento de su libertad de decisión”³⁵⁷.

Además como señala Domingo García Belaunde, “todos los derechos son iguales y que entre ellos no existe diferencias cualitativas. Aún más, la vieja tesis de los «derechos económico-sociales» como derechos meramente programáticos, está prácticamente superada”³⁵⁸.

Los derechos sociales por mandato de la Constitución y de los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú vinculan a los poderes públicos, a los ciudadanos y la sociedad, es deber del Estado, particulares y sociedad garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, los derechos sociales no son la excepción a la regla de la eficacia de los derechos fundamentales, los derechos sociales exigen ser tutelados y vigentes, la tutela y promoción de los derechos sociales puede ser desplegada por el Estado mediante su función legislativa y jurisdiccional, dentro de las principales; por los particulares (*Drittwirkung*) mediante el respeto y en algunos casos en su promoción, y por la sociedad a través de la fiscalización y financiamiento. El Estado, principalmente el legislador, la administración y la judicatura, se encuentran vinculados por los derechos sociales, los derechos sociales son derechos operativos, de eficacia inmediata, corresponde proteger y garantizar su plena vigencia, reservando a los jueces la facultad de tutelar inmediatamente el derecho vulnerado cuando se quebrante o amenace la existencia material y espiritual de la persona, se le prive de las condiciones de existencia, se afecte su procura existencial o calidad de vida.

Esta protección de los derechos sociales en el ámbito jurisdiccional pasa por dos niveles. El *primero* referido a la tutela jurisdiccional directa de los derechos sociales no

³⁵⁷ Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, *op. cit.*, págs. 367-368.

³⁵⁸ García Belaunde, Domingo: “El Estado social re-visitado”, *op. cit.*, pág. 34.

prestacionales o prestaciones incondicionados (*infra* § 6.8.1.). La *segunda*, por la exigencia a través de los Tribunales Constitucionales a los órganos del Estado a que hagan vigente la cláusula de progresividad de los derechos sociales prestaciones condicionados (*infra* § 6.8.2.), progresividad que nosotros planteamos que debe de hacerse de forma anual en la Ley de Presupuesto, donde se origine, mantenga y aumente la partida presupuestaria para dotar de una institucionalización que respalde los derechos sociales prestaciones condicionados (*infra* § 9.1.3.).

5.6.2. DERECHOS DE CONFIGURACIÓN LEGAL

Un sector de la doctrina señala que los derechos sociales para su justiciabilidad, exigibilidad o eficacia requieren ser configurados por el legislador³⁵⁹. Según esta posición los derechos sociales pueden sólo ser tutelados jurisdiccionalmente con el concurso de leyes de ayuda, de subsidio, aseguramiento, organización, impuestos, procedimiento, dirección, planificación y fomento³⁶⁰.

Desde esta perspectiva, los derechos sociales principalmente imponen al legislador un deber de legislar, vinculan solamente al legislador, más no a los tribunales o los particulares para garantizarlos o efectivizarlos. La intervención del legislador se convierte en un requisito *sine qua non* para la tutela o eficacia jurisdiccional de los derechos sociales. En razón de esta postura, los derechos «sociales» están supeditados a la labor o actividad del legislador, reconocen en la actividad del legislador la partida de eficacia del derecho fundamental, es decir, el derecho en su consagración constitucional no es vinculante, obligatorio, tutelable jurisdiccionalmente, sino, requiere la participación de la ley para que se torne coercible y exigible, el derecho constitucional, fundamental, sería derecho en tanto intervenga el legislador, más, si el legislador no interviene, a través de la configuración o trasposición, es sólo una buena intención, un

³⁵⁹ Theodor Tomandl: *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Rect.*: citado por Neuner, Jörg: "Los derechos humanos sociales", *op. cit.*, pág. 258. En nuestro ordenamiento constitucional véase también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú por ejemplo la STCPE N° 0050-2004-AI/TC, acs., Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos, de fecha 3 de junio de 2005 y la STCPE N° 1417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anicama Hernández, de fecha 8 de julio de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>.

³⁶⁰ Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, *op. cit.*, pág. 359.

adorno constitucional, desprovisto de eficacia y obligatoriedad, degradado a derecho «legal»³⁶¹.

Reducir la justiciabilidad de los derechos sociales *in toto* a la configuración legal que realice el legislador implica extinguir su eficacia, siendo por esencia vinculantes, indivisibles, ejecutables, etc., significa limitarlos y restringirlos arbitrariamente, rebajarlos a nivel legal. Esta visión doctrinaria que se postula sobre el contenido general de los derechos fundamentales, en realidad parecería acertada en el contenido de los derechos sociales prestacionales condicionados que no cuentan con las condiciones de hecho o instituciones que respalden su eficacia³⁶² y que suponen el requerimiento de la intervención del legislador o de otros poderes públicos para tornarlos aplicables en sede judicial.

Pero, hay que tener en cuenta, que tampoco es menos cierto que los derechos fundamentales, liberales o sociales, ostentan un contenido exigible directamente aplicable a partir de su consagración internacional como derechos humanos, y constitucional o fundamentales a partir de la propia Constitución. Desde una perspectiva propia de la teoría de las fuentes del Derecho, hay que subrayar que los principios jurídicos son componente integral del ordenamiento jurídico y consecuentemente operan sin cualquier acto de transformación; por otro lado, es correcto que los principios están necesitados de concretización; pero, ello no excluye que al mismo tiempo revelan un determinado núcleo de significación autónoma³⁶³.

Los derechos sociales, como los derechos de libertad, tienen un contenido exigible, contenido determinado por la Constitución y por los Tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano. Es cierto, que jurisdiccionalmente no se puede obligar al Estado o a terceros a que otorguen a una persona un puesto de trabajo, o una vivienda, pensiones, seguridad social, etc., sí esto ocurre no es porque el derecho al trabajo, vivienda, pensión o asistencia social no contengan un mandato u obligación de este tipo, sino, que el órgano ante el cual se está ejerciendo este derecho no es el competente para requerir al Estado a que otorgue el puesto de trabajo, la vivienda, pensión o asistencia social solicitada, en esta situación no estamos ante la inoperatividad, vinculación o aplicabilidad inmediata o directa de los derechos sociales

³⁶¹ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 194.

³⁶² Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, op. cit., págs. 197 y ss.

³⁶³ Neuner, Jörg: "Los derechos humanos sociales", op. cit., pág. 258.

—que muchos se basan en estos casos para señalarlos como derechos programáticos— sino, ante la carencia de competencia de los jueces de resolver disponiendo se otorgue un puesto de trabajo, una vivienda, pensión o asistencia social³⁶⁴.

En tal sentido, es correcto el reproche de que ningún juez puede crear plazas de trabajo y viviendas, crear pensiones o dar asistencia social, pues de modo absolutamente generalizado no es ni tarea ni función de un juez que éste tenga que ejecutar el fallo mismo de la sentencia, el juez debe determinar las exigencias sociales mínimas, según la medida de los derechos universales del hombre, que luego han de ser observadas por las partes procesales, por ejemplo en el Derecho del trabajo o en el Derecho de los arrendamientos³⁶⁵. Hay contenidos de los derechos sociales que no podrán ser resueltos por el juez: crear puestos de trabajo, viviendas, escuelas, hospitales, formar profesionales, etc.; pero, también hay contenidos que serán tutelables jurisdiccionalmente por los jueces, contenidos que estarán delimitados en la norma Constitucional y/o en los Tratados de Derechos Humanos, referidos en la mayoría de los casos a otorgar condiciones mínimas sociales de existencia, procura existencial, garantía de una calidad de vida; estos contenidos de los derechos para su tutela no requerirán necesariamente de estar regulados por una ley, no necesitan la configuración del legislador, son contenidos que se determinan a partir de su regulación constitucional e internacional, aplicables y vinculantes inmediata y directamente.

Lo cual nos lleva a señalar que todo derecho social tiene un contenido exigible jurisdiccionalmente, tiene un contenido tutelable inmediatamente, tiene un contenido vinculante para todos los operadores del derecho, para los particulares y para la sociedad. Los derechos sociales no requieren necesariamente la regulación o participación del legislador para su tutela o defensa jurisdiccional, son aplicables y amparables directa e inmediatamente, el contenido tutelable de los derechos sociales estará referido a la existencia material y espiritual del ser humano, procura existencial: alimentos, salud, ingresos, techo, vestido, principalmente.

Por otro lado, los recursos judiciales que permiten llevar ante los tribunales las violaciones de los derechos sociales reconocidos en los Tratados y en la Constitución deben ser recursos judiciales idóneos; es decir, no bastará tan sólo con “la existencia de

³⁶⁴ Neuner, Jörg: “Los derechos humanos sociales”, *op. cit.*, pág. 258.

³⁶⁵ Neuner, Jörg: “Los derechos humanos sociales”, *op. cit.*, pág. 258.

los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso. Es muy relevante enfatizar la idoneidad de los recursos judiciales existentes, ya que no puede considerarse como cumplida[...] la obligación de brindar esos recursos por el simple hecho de que se aduzca que existen las vías judiciales tradicionales en caso de violación de derechos”³⁶⁶.

En esta línea, los derechos sociales son tutelables por los tribunales, vinculantes para el legislador, para la administración y la sociedad, incluido los particulares. El legislador está vinculado a regular, configurar un derecho social cuando su ejercicio implica la realización de funciones estatales como la adopción de políticas públicas destinadas a ampliar los servicios de salud, educación, trabajo, vivienda, seguridad social etc., mediante la construcción de centros de salud, colegios, casas, formar profesionales médicos, de la educación, etc.; en estos supuestos es claro que el sujeto vinculado para garantizar la plena vigencia de los derechos sociales es el legislador, se hace indispensable que el Estado a través de su función legislativa y ejecutiva regule y reglamente la forma de construir y mejorar los servicios públicos sociales y con ello ejercer estos derechos sociales. En los supuestos relativos al ejercicio completo o global de un derecho social, procedería alegar que para la tutela jurisdiccional de un derecho social es indispensable la participación del legislador, que regule legislativamente la forma de ampliar y mejorar las instituciones materiales y/o profesionales que se requieren para el acceso y ejercicio de los derechos sociales.

Así, cuando se requiere de la participación del legislador o de la administración para el ejercicio de un derecho social, el *sujeto activo* es el individuo, el *sujeto pasivo* el legislador, en determinadas circunstancias el Ejecutivo mediante sus ministerios, y el *objeto* consistirá en expedir leyes tendientes a construir, mejorar y ampliar los servicios públicos sociales, así como, formar profesionales de la salud, de la educación, o adoptar una política pública o técnica de desarrollo social, y a dotar las partidas presupuestarias correspondientes³⁶⁷ (*infra* § 6.6.4.).

En suma, los derechos sociales para su vigencia completa e íntegra requieren de la participación del legislador, del Ejecutivo, cuando se trate de crear, mejorar y ampliar

³⁶⁶ Carbonell, Miguel: “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *op. cit.*, pág. 327.

³⁶⁷ Chávez Rabanal, Mario G.: “Contenido constitucional del derecho fundamental a pensión”, *op. cit.*, pág. 124.

los servicios públicos sociales, de formar profesionales que brinden estos servicios (médicos, profesores, asistentes sociales, construcción de escuelas, hospitales, etc.), como también en lo concerniente a la creación de mayores puestos de trabajo y de infraestructura habitacional (calles, agua, alcantarillado, limpieza, etc.) y de distribuir equitativamente el presupuesto, es decir de dotar una institucionalidad que respalde los derechos sociales. Estos deberes en su conjunto pertenecen al Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Órganos constitucionales, Regiones, Municipalidades) y a la sociedad en su financiamiento a través de los impuestos y de una fiscalización asidua.

El contenido inmediatamente aplicable de los derechos sociales, tutela jurisdiccional directa, está referido a las condiciones de existencia, al menos las mínimas que requiere una persona para vivir, a las necesidades básicas a satisfacer, a dotar calidad de vida que permita realizar física, espiritual y materialmente a la persona. El contenido aplicable directamente sin la intermediación del legislador comprende el acceso a un ingreso que permita adquirir bienes y servicios que satisfagan necesidades vitales como alimentos, medicinas, vestido, etc., a tener un cuerpo y una mente sana, a acceder a prestaciones de salud, atención médica, tratamiento, tener acceso a la cultura, a estudiar primaria y secundaria gratuitamente y superior generalizada, a tener un lugar donde residir, propio o arrendando con facilidades de pago, a conservar un trabajo o a no ser despedido de él, acceder a un sistema de seguridad social frente accidentes laborales, jubilación, vejez u orfandad, mantener la capacidad adquisitiva de la pensión, entre otros.

Los contenidos exigibles jurisdiccionalmente comprenden mandatos u obligaciones positivas o negativas, según el caso, obligaciones que su incumplimiento pone en peligro la existencia material o espiritual de la persona, salud, ingreso, despido, educación, vivienda, etc.; más, la protección del derecho no operará sólo y exclusivamente cuando se ponga en peligro o se afecte derechos de libertad. En la tutela jurisdiccional de los derechos sociales se debe proteger siempre el contenido que garantice a la persona la satisfacción de sus necesidades básicas, de dotarle de condiciones al menos mínimas de existencia y, fundamentalmente, garantizar que la persona ostente y eleve su calidad de vida, expresión de la dignidad en los derechos sociales, permitiéndole así realizar espiritual y materialmente a la persona, por ello, “los derechos sociales ostentan vocación de justiciabilidad y, como con acierto –y

mutatis mutandi– destaca Prieto Sanchís, si la Constitución es un acuerdo integrador entre las dos filosofías que atraviesan el mundo contemporáneo (concepciones liberal y socialista de la sociedad política), entonces ningún contenido constitucional puede quedar hasta tal punto devaluado que sea excluido de la protección de la justicia, de lo que se sigue que los derechos sociales han de tener un núcleo intangible cuya configuración en sus dimensiones objetiva y subjetiva (*infra* § 6.8.) sólo puede corresponder finalmente al Tribunal Constitucional”³⁶⁸.

Sobre la configuración legal de los derechos sociales, en concreto sobre el derecho fundamental a pensión y de la seguridad social, ya como garantía institucional o como derecho fundamental, el Tribunal Constitucional peruano en la STCPE N^o. 050-2004-AI/TC, acumulados, en el fundamento N^o 73, segundo párrafo, y en la STCPE N^o 1417-2005-AA/TC, fundamentos N^os. 11 y 12, por citar algunos ejemplos, recoge la tesis de la configuración legal de los derechos sociales, señalando para tales efectos que los derechos sociales económicos, sociales y culturales, dentro de ellos el derecho a pensión y de seguridad social, son derechos de configuración legal en razón de su naturaleza, que necesitan de la intervención del legislador para ser tutelados jurisdiccionalmente, convirtiéndose la ley en un “requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental”³⁶⁹; pero, reconociendo más adelante que “la capacidad configuradora del legislador se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales”³⁷⁰.

Para el Tribunal Constitucional peruano los derechos sociales son derechos que requieren necesariamente de la participación del legislador en su regulación y determinación del contenido inmediatamente aplicable en sede jurisdiccional, operando los límites o controles a la actividad del legislador en los casos en que éste al momento

³⁶⁸ Bazán, Víctor: “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, en AAVV.: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, tomo II, año 11, Honrad -Adenauer- Stiftung. Programa de Estado de Derecho para Sudamérica, República Federal de Alemania, 2005, pág. 549.

³⁶⁹ STCPE. N^o 01417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anica Hernández, FJ. 12, <<http://www.tc.gob.pe>>.

³⁷⁰ STCPE. N^o 01417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anica Hernández, FJ. 12, *in fine*, <<http://www.tc.gob.pe>>.

de configurar el derecho transgreda o vulnere el contenido esencial del derecho. Los derechos sociales para el Tribunal Constitucional son derechos exigibles jurisdiccionalmente en la medida en que el legislador ha regulado o determinado su contenido constitucional o, en todo caso, a partir de su intervención se puede desprender por un juicio de interpretación constitucional el contenido del derecho social.

Mas, de lo establecido por el Tribunal Constitucional peruano, vale señalar y establecer, que implícitamente se establece que el contenido esencial (contenido constitucional del derecho a pensión y en general de los derechos que determinase) no necesita o requiere de regulación legal, de la intervención del legislador en su configuración para ser tutelado jurisdiccionalmente, para ser aplicado directa e inmediatamente en sede constitucional. Figura que no se aplica a los aspectos o contenidos que no pertenecen al contenido constitucional del derecho, los cuales tendrán que ser tutelados en sede ordinaria ante el Poder Judicial.

Y estos contenidos, desarrollados jurisprudencialmente a partir de la interpretación de la Constitución no es una solución única y definitiva, sino es solo temporal y concreta, lo cual, no significa que ostenta eficacia jurídica directa solo este contenido esencial, sino que además otros elementos como el reajuste pensionario o aumento de salario, en tanto, estas exigencias pueden ser solicitadas en los procesos judiciales ordinarios.

5.7. LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES PERUANAS DEL SIGLO XIX

En las constituciones peruanas del siglo XIX, como se puede apreciar de la revisión de los textos constitucionales³⁷¹, no se encuentra un capítulo o, en todo caso, un articulado que haga referencia a los derechos sociales sistemáticamente o a las mal denominadas garantías sociales como por ejemplo lo hace la Constitución de 1920. Si bien en las constituciones del siglo XIX se encuentran algunos artículos que se refieren a los derechos sociales, como es el caso de la gratuidad de la enseñanza en la instrucción primaria que la encontramos en la Constitución de 1856; el reconocimiento

³⁷¹ Sobre la historia constitucional del Perú *vid.* Alzamora Silva, Lizardo: *Programa razonado de Derecho Constitucional del Perú*, Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima, 1944, 163 págs.; Pareja Paz-Soldán, José: *Historia de las constituciones nacionales (1812-1979)*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2ª. edición revisada, corregida y aumentada, Lima, 2005, 229 págs.; y, García Belaunde, Domingo: *Las constituciones del Perú*, 2 tomos, Publicaciones del Rectorado-Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2006.

constitucional de estos derechos y con ellos, del constitucionalismo social regulado de forma sistemática, es ajeno a nuestra historia y vida constitucional en este siglo.

Para citar algunos ejemplos, la Constitución de 1826 en los artículos 146 al 148, en el capítulo XI, de las Garantías, reconoce la distribución de la riqueza equitativamente, la enajenación de las propiedades, aunque no lo diga expresamente por razones de interés público, y lo que conocemos hoy en día, el derecho al trabajo en su dimensión negativa (libertad de trabajo): “...*el trabajo, industria o comercio no puede ser prohibido*” (Artículo 148). Aunque resulte curioso que la Constitución de 1823 en el capítulo V, de las Garantías, hable de los derechos sociales e individuales reconocidos en esta Constitución, solo habla del derecho de la educación pública, sin que se pueda determinar si habla de una educación pública gratuita o simplemente de programas de educación o incentivo del mismo, sólo se determina que es un deber y obligación del Estado otorgar a todos sus ciudadanos.

Un ingrediente particular nos ofrece la Constitución de 1856, en esta norma fundamental se reconoce el derecho de asociación (Artículo 28) y petición (Artículo 29), éstos derechos van a tener vital importancia en las décadas posteriores, en la medida que en virtud de estos derechos se van a conformar los sindicatos o agrupaciones sociales para la protección de los derechos de los trabajadores así como para la demanda de determinadas medidas o políticas al Estado. Por lo demás, esta norma fundamental no contiene más derechos que podrían relacionarse sistemáticamente con el constitucionalismo social.

Finalmente, vale señalar que la Constitución de 1860, dentro el capítulo de las garantías individuales reconoce el derecho a la libertad de trabajo (Artículo 23), la instrucción primaria gratuita y el fomento del conocimiento (Artículo 24), se reitera el derecho de asociación y de petición de la Carta de 1856 (Artículos 29 y 30 respectivamente).

En suma, en las declaraciones de derechos del siglo XIX, en el capítulo referido a las garantías individuales, encontramos el reconocimiento de algunos derechos sociales como es el caso del derecho a la libertad del trabajo, a la instrucción primaria gratuita así como el deber del Estado de fomentar el conocimiento, el derecho de asociación y el de petición. Pero no encontramos en las constituciones del siglo XIX un reconocimiento sistemático de los derechos sociales y tampoco la regulación de las

garantías destinadas a protegerlos. Situación que se va presentar recién en las constituciones del siglo XX a partir de la recepción del constitucionalismo social.

5.8. LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XX

5.8.1. INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN EL SIGLO XX

A inicios del siglo XX se consideraba que existían leyes naturales de la economía, leyes artificiales para gobernar el mundo, de tal modo se aceptaba que cualquier tipo de intervención del Estado, era tarea no solo innecesaria, sino superflua³⁷². Recién cuando finaliza la llamada *Belle Epoque*, al concluir la Gran Guerra (1918) los incrédulos llegan a la conclusión de que es necesario que el Estado intervenga en la economía, pues esta ni marcha sola ni obedece a leyes absolutas, sino que es producto de la actividad humana. Nace así el constitucionalismo social que está representado por las Constituciones mexicana (1917), Soviética o Rusa (1918) y Alemana (1919) (*supra* § 5.3.). Todo ello con un trasfondo económico social que cambia las bases de existencia de la organización de la comunidad, de tal manera que el Estado deja de ser un solo espectador del desarrollo y evolución de la sociedad y de la comunidad para ser el principal actor o agente de desarrollo y progreso de la colectividad³⁷³.

El ciclo del constitucionalismo social, como se vio líneas arriba (*supra* § 5.3.), se desarrolló en tres etapas bien definidas: La *primera etapa* corresponde al período que va desde el surgimiento de las constituciones de México y de Weimar hasta el apogeo del Eje (1917-1940). Caracterizado básicamente por la inserción formal de derechos sociales en la norma fundamental y de cláusulas económicas que permitían limitar el ejercicio <absoluto> de ciertos derechos individuales o de ciertas actividades del

³⁷² Sobre el rol del Estado en una economía de mercado”, *vid. AA.VV.: Economía social de mercado. Alternativas para el desarrollo peruano*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Fundación Komnrad Adenauer, Lima, 1991, págs. 103-149.

³⁷³ Así tenemos, que “[d]espués de la primera Gran Mundial, y sobre todo de la crisis de los años 1929-1932, surgieron al lado de graves preocupaciones económicas nuevos problemas políticos y sociales, que exigían solución urgente, tanto en el campo teórico como en el práctico. La teoría clásica ya no podía satisfacer, porque era demasiado abstracta, y las nuevas investigaciones se concentraron alrededor del problema del bienestar social y de las condiciones necesarias para su realización. La idea del bienestar social, del «social welfare», se convirtió en centro de las discusiones económicas”. *Vid., Griziotti Kretschmann, Jenny: Historia de las doctrinas económicas modernas*, traducción al español por Carlos Gerhard, Union Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, D.F., 1961, págs. 77 y ss.

Estado³⁷⁴. La *segunda etapa* corresponde al período posterior a la Segunda Guerra Mundial, a partir de la derrota del Eje y del restablecimiento democrático de Europa Occidental, se reconoce los nuevos roles o deberes del Estado o imperativos de éste hacia la sociedad, *p.e.* el Artículo 3° de la Constitución de Italia; al mismo tiempo se corona la nueva concepción de “Estado social de Derecho” (República Federal Alemana); se generalizan nuevas formas de garantías o control de constitucionalidad, de control parlamentario sobre la administración, de protección jurisdiccional de los derechos humanos, defensa frente a los excesos del Estado Administrativo o burocrático por parte de las personas o grupos sociales³⁷⁵. Y, la *tercera etapa*, o período actual, aparecen derechos sociales ‘nuevos’ cuyos titulares pueden solicitar tutela jurisdiccional para superar la necesidad *v.gr.* en la familia se consagra los derechos del niño y del anciano; surgen nuevos grupos³⁷⁶ que pueden emplazar al Estado para que satisfaga ciertas necesidades *p.e.* los grupos de consumidores, de derechos humanos, ONGs, etc.; se tutela nuevos bienes jurídicos *p.e.* el medio ambiente, la paz y se produce la ampliación y consolidación de la seguridad social³⁷⁷.

5.8.2. LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XX

La Constitución de 1920 introduce cláusulas de lo que hoy conocemos como derechos sociales y el Estado social de Derecho. Si bien la incorporación constitucional de los derechos como la seguridad social, la salud, la cultura, etc., no necesariamente se hicieron en función de ser un reflejo de situaciones que se presentan en la realidad o de la sociedad peruana, sino todo lo contrario aspiraciones que por las incesantes presiones sociales se lograron incorporar en la Constitución³⁷⁸, su reconocimiento a lo largo del siglo XX va a estar carente de medidas o condiciones adecuadas para su vigencia, a tal

³⁷⁴ Vid. al respecto, Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado social”, *op. cit.*, págs. 149 y ss.

³⁷⁵ Vid. Escobar Roca, Guillermo (Director): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzandi, S.A., Navarra, 2012, págs. 649-828.

³⁷⁶ Sobre la actuación de los grupos de presión en el Estado social, *vid.*, Díez Moreno, Fernando: *El Estado social*, *op. cit.*, págs. 79-82.

³⁷⁷ Vanossi, Jorge, *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, 3ª. edición, Buenos Aires, Eudeba, 2000, págs. 71-72 y 544 y ss.

³⁷⁸ Sobre la situación social de las primeras décadas del siglo XX en el Perú *vid.*, Lecaros V., Jorge: *Historia del Perú y del mundo. S XX*, 4ª. edición, Ediciones Rikchay Perú, Lima, 1977, págs. 62-90. Y sobre la aparición de los gremios y sociedades obreras, *vid.* Gavagnin Taffarel, Osvaldo: *Estilos de desarrollo y realidad nacional (siglos XIX y XX). Ensayos sociológicos*, Arius S.A., edición auspiciada por CONCYTEC, Lima, 1989, pág. 114.

punto que hasta la actualidad nos encontramos con los problemas del goce y ejercicio de los derechos sociales y la disponibilidad económica o financiera del Estado para tornarlos eficaces, aún más, si se ha sostenido férreamente que los derechos sociales únicamente pueden ser protegidos por actuaciones positivas o prestacionales.

De tal manera, la Constitución de 1920, en el capítulo IV, titulado como las Garantías sociales, nomenclatura que por vez primera se utiliza a nivel constitucional, reconoce el derecho de petición (Artículo 37), el uso limitado de la propiedad por utilidad pública (Artículo 38), la libertad de trabajo (Artículo 46), la seguridad en el trabajo, así como los horas mínimas y los salarios mínimos (Artículo 39), la solución por arbitraje de los conflictos entre el capital y el trabajo (Artículo 48), la enseñanza primaria gratuita (Artículo 53), el derecho a la salud y a la seguridad social (Artículos 55 y 56 respectivamente), la potestad del Ejecutivo de regular la economía para controlar o bajar los precios (Artículo 57) así como el derecho de las comunidades indígenas y nativas.

Como se puede apreciar, las principales características de un Estado social de Derecho, al menos nominalmente, estaba reconocido o regulado en esta Constitución, el problema grave fue que esta norma, como las anteriores salvo la de 1860, carecieron de la debida estabilidad y duración para que pueda regular la vida en sociedad y tornar eficaces los derecho e instituciones allí reconocidos, teniendo constituciones las más de las veces semánticas que de otro tipo³⁷⁹.

La Constitución de 1933, en materia de garantías sociales acentuó el intervencionismo económico del Estado; estableció el reconocimiento del contrato colectivo del trabajo, la participación del Estado en las utilidades mineras y de los trabajadores en las ganancias donde sirven, el derecho del gobierno de nacionalizar los transportes, la protección especial que se acuerda al matrimonio, a la familia y a la maternidad y el reconocimiento que hace el Estado de su deber primordial de defensa de la infancia y los derechos de ésta a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional y a la más amplia asistencia³⁸⁰.

³⁷⁹ Sobre la clasificación ontológica de la Constitución, las mismas que pueden tener carácter normativo, nominal y semántico, *vid.*, Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*, traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, reimpresión de la 2ª. edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, págs. 217-222.

³⁸⁰ Pareja Paz Soldán, José: *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Apreciación y comentarios, 6ª. edición, tomo I, Justo Valenzuela V. Editor, Lima, 1980, pág. 197.

La Constitución de 1933 independizó de las garantías nacionales y sociales, donde figuraba en la Constitución de 1920, y dedicó todo un título y hasta un articulado, el artículo 13, la Educación Pública. El Estado se reservaba la dirección técnica de la educación, reconocía la enseñanza obligatoria primaria gratuita, fijaba la distribución de los centros escolares, el reconocimiento del magisterio como carrera pública, entre otros. Por último, declaraba que los tesoros arqueológicos, artísticos e históricos están bajo la salvaguarda del Estado, para lo cual se han construido diversos organismos de conservación, protección y restauración³⁸¹.

La Constitución de 1979, es la que sistematiza y da mayores elementos para proteger y defender los derechos sociales, recuérdese que la Constitución de 1979 es el resultado de una visión y concretización de Estado de Bienestar y del reconocimiento de los derechos sociales como derechos inherentes de la persona humana, se puede decir, hoy, sin temor a equivocarnos, con la Constitución de 1979 el Perú se abre paso al constitucionalismo social propiamente y al reconocimiento constitucional del Estado social de Derecho y todo lo que ello implica.

De tal manera, la Constitución de 1979 esquematiza de mejor manera la ubicación de los derechos sociales y les confiere los debidos mecanismos para su tutela, como son, los que conocemos actualmente como procesos constitucionales, reconocidos en la Constitución como Garantías Constitucionales. Los derechos sociales van a merecer un capítulo entero para su reconocimiento. En el Capítulo II se reconoce el derecho de la familia, en el Capítulo III el derecho a la seguridad social, salud y bienestar, en el Capítulo IV a la educación, la ciencia y la cultura y en el Capítulo V el trabajo³⁸². Y, en el Título V se recogen las Garantías Constitucionales, en especial el Amparo, destinado a proteger los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona (Artículo 295), además de adoptar el modelo concentrado de control de la constitucional de la leyes mediante la incorporación del Tribunal de Garantías Constitucionales que tendrá como una de sus funciones resolver la inconstitucionalidad de leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas

³⁸¹ Pareja Paz Soldán, José: *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, tomo I, *op. cit.*, pág. 198.

³⁸² Sobre el esquema de la Constitución en materia laboral, *vid.* Neves Mujica, Javier: "Modificaciones constitucionales en materia de derechos sociales, trabajo y empleo", en AA.VV.: *Lecturas sobre temas constitucionales*, núm. 8, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1992, págs. 27-29.

municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo (Artículo 298. Inc. 1)³⁸³.

Finalmente, la Constitución de 1993 recoge en su mayoría los derechos sociales recogidos en la Constitución de 1979. Así, se reconocen dentro del Título I en el Capítulo II a los derechos sociales y económicos (Artículos 4 al 29), sin que por supuesto esta descripción sea cerrada, ya que en otros artículos de la Constitución se recogen derechos sociales (*p.e.* Artículos 39, 40 y 42); además, de aquellos derechos implícitos que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la fórmula republicana de gobierno (Artículo 3). Pero, la diferencia con la Constitución de 1979 está en que la actual Constitución los enmarca dentro de una economía de mercado fruto de la implantación del neoliberalismo. Así, los derechos sociales en este periodo se van a encontrar con los problemas del condicionamiento económico, de ser considerados como derechos de configuración legal, programáticos, progresivos, en favor de la libertad, de tutela jurisdiccional indirecta, etc.

De este modo, el presente trabajo, teniendo en cuenta que de forma expresa se han reconocido los derechos sociales en la Constitución de 1993 vigente, se enfoca en la eficacia de estos derechos y en la disponibilidad financiera de la nación para tornarlos plenamente vigentes, eficaces.

³⁸³ *Cfr.* Ortecho Villena, Víctor Julio: *Derechos y Garantías constitucionales*, 2ª. edición, Marsol Perú Editores S.A., Trujillo, 1990, págs. 430-446.

CAPÍTULO VI

LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES PRESTACIONALES

6.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El estudio de los derechos fundamentales, en la época moderna, desde su aparición en los ordenamientos constitucionales, ha sido una preocupación constante de los diversos teóricos y pensadores del Derecho en general y del Derecho Constitucional en particular³⁸⁴. Si hay algo que caracteriza a los derechos fundamentales es el rol y el

³⁸⁴ Algunos ejemplos, *vid.* Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2ª. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, 602 págs.; Ghersi, Carlos A.: *Derechos fundamentales de la persona humana*, La Ley S.A., Buenos Aires, 2004, 380 págs.; Grimm, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2006, 214 págs.; Häberle, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, traducción del italiano por Carlos Ramos (revisión Antonio Luya C.), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, 432 págs.; Martín-Retortillo, Lorenzo: *La Europa de los derechos humanos*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 466 págs.; AA.VV.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 3ª. edición, Editorial Trotta, Madrid, 2007, 391 págs.; Meyers, Diana T.: *Los derechos inalienables*, versión española de E. Beltrán Pereira, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1988; Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio; Asís Roig, Rafael de; Ansuátegui Roig, Francisco Javier (directores): *Historia de los Derechos Fundamentales*, 9 volúmenes, Dykinson, S.L.-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, Madrid, 2010; Rolla, Giancarlo: *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, traducciones del italiano Giovanni Priori L., Mijail Mendoza Escalante, Domingo García Belaunde, Leonardo Sánchez Mesa, 2ª edición, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, núm. 8, Lima 2008, 281 págs.; Serna, Pedro y Toller, Fernando: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley S.A., Buenos Aires, 2000, 171 págs., y de forma especial adredar, Rolla, Giancarlo: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, 180 págs.

lugar que ocupan dentro de una sociedad. No es desconocido el hecho de que las constituciones tienen como fin principal regular, racionalizar y poner límites al poder; pero dentro de esta labor, los derechos fundamentales han jugado un papel trascendental, a tal punto de ser considerados la pieza basilar o fundamental del Estado contemporáneo³⁸⁵.

Si bien los derechos fundamentales en el Estado contemporáneo cumplen un rol legitimador del mismo, en la medida que su eficacia o ejercicio es la base fundamental y fundacional de su existencia, no hay que dejar de lado en el análisis las razones o fines por los cuales éstos surgieron o «nacieron». La filosofía del liberalismo clásico, que influyó notablemente en la creación de los nuevos Estados y en las constituciones del siglo XVIII, partía de la premisa de que la nueva sociedad civil debe de crear las garantías necesarias para el ser humano de tal forma que su vida, su libertad y propiedad se encuentren protegidas o aseguradas³⁸⁶.

No es un misterio que el Estado liberal en sus orígenes nace con el fin de proteger y defender la vida de sus ciudadanos –proteger y defender su existencia– de tal forma que ideó algunos mecanismos o medios para defender al ciudadano del mismo Estado, de los propios ciudadanos, de los extranjeros, de los grupos de presión y de cualquier situación o ente que signifique un peligro para la vida y existencia del hombre. Es sabido también, que estas garantías creadas con fines únicamente de poner límites al accionar del Estado, a sus funcionarios y a la sociedad en general no fueron, y aun no lo son, muy eficaces para proteger adecuadamente los derechos fundamentales. Si bien las garantías del Estado liberal estaban destinadas a proteger solamente a los denominados derechos de libertad, y el mecanismo adoptado fue a través de la representación popular mediante la ley, donde se descubría la voluntad soberana de la Nación³⁸⁷; éstas, las garantías, no fueron eficaces o suficientes para garantizar, a los mal

³⁸⁵ Vid. AA.VV.: *El control del poder. Libro-Homenaje a Diego Valadés*, Peter Häberle y Domingo García Belaunde (coordinadores), 2 tomos, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2012. Liminar de Luis Cervantes Liñán y Edición al cuidado y Nota Preliminar de José F. Palomino Manchego.

³⁸⁶ Rodríguez Paniagua, José M.ª.: “Derecho constitucional y derechos humanos en la revolución norteamericana y francesa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 19, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 65 y ss.

³⁸⁷ Caamaño, Francisco: “Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación «constitucionalmente adecuada»)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 36, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 128.

llamados derechos de segunda generación, que hicieron su irrupción en el orden constitucional en el siglo XX. Los derechos económicos, sociales y culturales, menos aún a los derechos difusos o de solidaridad. Sobre esto regresaremos más adelante, por ahora bástenos indicar que los derechos fundamentales son únicos y no admiten divisiones o jerarquizaciones, en tanto son expresiones o manifestaciones de la dignidad, única e indivisible.

En esta línea, se puede señalar que los derechos fundamentales responden más que a una exigencia jurídica, a una exigencia ontológica, de tal forma que si los derechos fundamentales son tan importantes dentro del Estado, no lo son tanto por ser reconocidos o garantizados por la Constitución, sino por que son la expresión de la dignidad y de las más nobles aspiraciones del ser humano de vivir de forma libre y autodeterminadamente. Libre en el sentido de no estar subyugado o sujeto a ningún tipo de determinismo y autodeterminado por aspirar a ser un sujeto que decide autónomamente el rumbo de su vida, recogidos en un ordenamiento jurídico.

En tal sentido, al ser los derechos fundamentales expresiones de la dignidad, de la propia existencia del ser humano, éstos se van a desenvolver o manifestar en las diversas esferas o ámbitos de la vida social, de tal forma que los derechos fundamentales podrán ser derechos de contenido civil, político, económico, social o cultural, dependiendo del ámbito o esfera en el cual se desempeñen o viertan sus efectos.

6.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS SOCIALES

En principio, vale señalar que no es posible establecer que existan derechos de primera, segunda y tercera generación, derechos tutelables jurisdiccionalmente, en el caso de los derechos civiles y políticos –en adelante derechos liberales–, y derechos al margen de la protección jurisdiccional, programáticos en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales –derechos sociales en adelante–. Los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales son derechos humanos, derechos fundamentales en los ordenamientos constitucionales³⁸⁸. Son derechos

³⁸⁸ Cruz Villalón, Pedro: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, núm. 25, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 35-62; Fernández Segado, Francisco: “La teoría de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional,

interdependientes e indispensables para la realización de la persona humana, nacen de la dignidad del ser humano, se proyectan sobre un ámbito concreto de la realidad política, social, económica y jurídica, establecen obligaciones al Estado y a los particulares en beneficio del titular del derecho.

Es en función de los efectos que proyectan en la realidad social y política, a las obligaciones que contienen, al ámbito donde se desenvuelven que se establece una «clasificación» de los derechos humanos en derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales; pero, esta «clasificación» no significa en modo alguno primacía, superioridad, prevalencia, prioridad o justiciabilidad, eficacia jurídica, etc., sólo se «clasifica» con el fin de delimitar el ámbito, las obligaciones, los fines, los titulares, los bienes que se tutelan con un derecho y con el fin de explicar su aparición y reconocimiento en los ordenamientos internacionales y nacionales y su repercusión en los modelos de Estado a los que inspiran; la «clasificación» responde más a un concepto intergeneracional y pedagógico que a la esencia o naturaleza misma de los derechos humanos³⁸⁹, según el caso, fundamentales.

Por ello, siendo la dignidad única y fuente de los derechos humanos, hace indispensable que el tratamiento y protección de los derechos sea también unitaria e integral³⁹⁰, en ese sentido, las garantías políticas, jurisdiccionales y sociales³⁹¹ que tienen como fin lograr la plena eficacia o ejercicio de los derechos, son aplicables a los

año 13, núm. 39, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 195-247; Baño Leon, José María: "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 155-179; Starck, Christian: "Derechos fundamentales y derecho privado", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 65-89; Rubio Llorente, Francisco: "Los deberes constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 62, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, págs. 11-56.

³⁸⁹ Szabo, Imre: "Fundamentos históricos de los derechos humanos", en AA.VV.: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, *op. cit.*, págs. 45 y ss.

³⁹⁰ Bazán, Víctor, "Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano", en AAVV, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, Año 11, Honrad -Adenauer- Stiftung, Programa de Estado de Derecho para Sudamérica, República Federal de Alemania, 2005, pág. 578.

³⁹¹ *Cfr.* Pisarello, Gerardo, "Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección completa de los derechos sociales", en Carbonell, Miguel (Compilador), *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, págs. 23 y ss.; Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª. edición, Trotta, Madrid, 2004 y Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional*, 1ª. edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

derechos humanos sin distinción, ya se trate de derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales o difusos³⁹².

En esta línea, si bien los derechos civiles y políticos ofrecen garantías de libertad, al establecer mecanismos de control y de límites al poder público o privado; los derechos económicos, sociales y culturales ofrecen garantías de igualdad, pero no una igualdad formal (*supra* § 5.4.1.), que de por sí la ofrecen los derechos civiles y políticos y el Estado liberal de Derecho, sino por el contrario, complementando las existentes, ofrecen garantías de igualdad material al establecer condiciones de existencia que permitan al ser humano protegerse de las contingencias sociales, de los riesgos financieros y de la escasez o carencia de medios o recursos económicos.

Los derechos sociales, su protección y eficacia, debe de tener en cuenta las garantías y principios que rigen al Estado social de Derecho, dentro de los cuales el principio de Solidaridad³⁹³ cobra mayor realce y vitalidad. Como se ha venido señalando, los derechos sociales buscan proteger al ser humano de las crisis o problemas sociales, estos en su mayoría no han logrado en su plenitud liberar al ser humano de las necesidades económicas, de la dependencia del salario o remuneración, o de los riesgos sociales (riesgos que por supuesto han sido creados por la propia dinámica de la sociedad), de tal forma, hoy la sociedad, regida por el las leyes del libre mercado y del sistema de capitales, no se puede concebir a ciudadano alguno que pueda llevar una vida con la satisfacción de las necesidades básicas si no cuenta con un ingreso económico, de un lado, o con los medios que le permitan enfrentar los riesgos sociales, de otro lado.

Entonces, la sociedad regida, por las leyes de la oferta y de la demanda, el metálico, el dinero, se ha constituido como un elemento principal para la vida de las personas, convirtiéndose de tal forma en un principal medio de adquirir los bienes y servicios que necesita la persona para vivir, de tal modo que a falta de ingresos económicos, de dinero en metálico, no se puede adquirir los bienes y servicios que satisfagan estas necesidades. Pero además, de esta limitación, de forma independiente, la dependencia económica y social, puede ser cubierta con prestaciones de índole

³⁹² Chávez Rabanal, Mario G.: "Contenido constitucional del derecho fundamental a pensión", *op. cit.*, págs. 54 y ss.

³⁹³ Vid. Duprat, G. L.: *Solidaridad social. Sus causas, su evolución, sus consecuencias*, traducción de F. Peyró Carro, Daniel Jorro, Editor, Madrid, 1913, 440 págs.

monetaria, cierto, pero también con bienes (medicamentos, útiles, vestido, herramientas, etc.) o servicios (educación, salud, de fomento de empleo o de incentivo de construcción, etc.). Y es en estos dos ámbitos, donde se ha de buscar la solución a la condicionalidad de los derechos sociales, la primera estará vinculada a la capacidad financiera del sujeto obligado, y la segunda, a la institucionalidad que soporte la prestación de los servicios.

Y este dato empírico, ha hecho que las respuestas o soluciones a los problemas se planteen como vinculadas a la capacidad económica del Estado o su presupuesto. Cuando en realidad, la solución no va tanto por otorgar más dinero, sino por institucionalizar estos derechos, mejor expresado, por crear las infraestructuras legales, administrativas y materiales donde ejercer estos derechos y que sirvan de respaldo para su concretización o goce³⁹⁴.

6.3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución Política peruana de 1993, en el Capítulo VIII, referido al Poder Judicial, en el artículo 139 reconoce los principios y derechos de la función jurisdiccional. En este artículo el constituyente de forma enunciativa ha señalado los principios y derechos que asisten a los justiciables, a los jueces y al Estado en la noble función de impartir justicia. En dicho artículo de la Constitución encontramos disposiciones que reconocen derechos, y otras disposiciones que recogen principios orientadores, ya sea de la actividad del juez, de su labor de garante de los derechos y de la defensa del orden jurídico, en particular de la constitucionalidad de los actos estatales y de las actuaciones de los particulares o, ya sea, de las competencias y obligaciones del Estado en la administración de justicia, delimitando sus competencias y señalando las acciones a adoptar.

En el artículo 139 de la Constitución se mezclan los derechos de los justiciables, las funciones de los jueces y las obligaciones del Estado en la administración de justicia. Asimismo, en este artículo encontramos el derecho al debido proceso y la tutela

³⁹⁴ Piénsese por ejemplo en la institucionalidad de la libertad, mediante un sistema de justicia y de una policía, en la propiedad mediante la creación de todo un sistema de registro y publicidad, de los derechos políticos mediante el sistema electoral, por dar algunos ejemplos.

jurisdiccional efectiva³⁹⁵, que en los términos del Código Procesal Constitucional (en adelante C.P.CONST) se ha recogido en el artículo 4 como el derecho a la tutela procesal efectiva, que comprende tanto los derechos del debido proceso como los principios de la tutela jurisdiccional efectiva³⁹⁶.

En el artículo 139 de la Constitución básicamente se encuentran reconocidos los derechos y los principios correspondientes al denominado debido proceso tanto en su esfera sustantiva (debido proceso material) como en su esfera adjetiva (debido proceso procedimental o formal) y los principios de la tutela jurisdiccional efectiva, básicamente³⁹⁷.

³⁹⁵ Vid. González Pérez, Jesús: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Editorial Civitas, Madrid, 1984.

³⁹⁶ "Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal".

³⁹⁷ la Constitución ha consagrado el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional como garantías procesales, entre las que destacan: los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139.3), el derecho a la publicidad de los procesos (artículo 139.4), el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139.5), el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139.6), el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139.8), el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139.9), la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139.11), el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139.12), la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (artículo 139.13), el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139.14), el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139.15), la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y, para todos, en los casos que la ley señala (artículo 139.16), el derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley (artículo 139.20); el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103), el derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2.24.e), entre otras STCPE N° 0023-2005-PI/TC, sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Proceso de Inconstitucionalidad, Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República, de fecha 27 de octubre de 2006, FJ. 3, *vid.* <<http://www.tc.gob.pe>>.

"Más allá de estas garantías procesales, el Tribunal Constitucional, conforme a sus atribuciones, ha identificado otras garantías de naturaleza procesal; así por ejemplo, el derecho a un juez independiente e imparcial [STC 0023-2003-AI, FJ 34], el derecho al libre acceso a la jurisdicción [STC 1003-1998-AA, FJ 3.C. y STC 05374-2005-AA, FJ 6], el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva [STC 2915-2004-HC, FJ 5], el derecho a la prueba [STC 1934-2003-HC, FJ 1 y ss. y STC 1808-2003-HC, FJ 2], el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas [STC 4124-2004-HC, FJ 8 y STC 0549-2004-HC, FJ 3], el principio *non bis in ídem* [STC 0729-2003-

En términos generales, el debido proceso puede ser definido como el conjunto de “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”³⁹⁸. De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del debido proceso no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido ha señalado “[d]e conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del

HC, FJ 2 y STC 2050-2002-AA, FJ 18 ss.], el principio de igualdad procesal de las partes [STC 2028-2004-HC, FJ 5], el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales [STC 1042-2002-AA, FJ 2.3.1, STC 1546-2002-AA, FJ 2 ss. y STC 0015-2001-AI (acumulados), FJ 6 ss.], entre otras garantías. STC Pe N° 0023-2005-PI/TC, sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Proceso de Inconstitucionalidad, Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República, de fecha 27 de octubre de 2006, FJ. 4, *vid.* <<http://www.tc.gob.pe>>. Según ha sostenido el Tribunal Constitucional, en nuestro ordenamiento constitucional, “la tutela jurisdiccional es un derecho «continente» que engloba, a su vez, 2 derechos fundamentales: el *acceso a la justicia* y el *derecho al debido proceso* [Cf. STC 0015-2001-AI/TC]. Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste «(...) comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...)»”, *vid.* STC Pe N° 4587-2004-AA/TC, Lima, Santiago Martín Rivas, de fecha 29 de noviembre de 2005, FJ. 25, <<http://www.tc.gob.pe>>.

También sostiene el Tribunal Constitucional peruano “al igual que lo que sucede con el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho al debido proceso es un derecho que tiene la propiedad de albergar en su seno una serie de derechos fundamentales de orden procesal.”, *vid.* STC Pe N° 4587-2004-AA/TC, Lima, Santiago Martín Rivas, de fecha 29 de noviembre de 2005, FJ. 26, <<http://www.tc.gob.pe>>.

Y sobre los contenidos que comprende la tutela judicial efectiva de conformidad a la jurisprudencia constitucional española, *vid.* Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid, “Actividad del Tribunal Constitucional: Relación de sentencias dictadas durante el segundo cuatrimestre de 2000”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, núm. 60, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 211-215.

³⁹⁸ “Las garantías razonables de un proceso debido se constituyen en mandatos que buscan superar una concepción tradicional del proceso, de modo tal que éste pueda constituirse en un mecanismo idóneo y eficaz en la defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas y de los gobiernos descentralizados –local y regional–. Ello, incluso, ha originado una nueva configuración de determinadas instituciones procesales como aquel de la acción existente para acudir a un órgano jurisdiccional en busca de tutela, sin abuso del derecho. La investigación comparatística, en base al análisis de la experiencia constitucional estadounidense del *due process*, destaca la imposibilidad de configurar una dimensión puramente «procesal» de la acción, por ello se ha destacado que la cláusula del debido proceso –*due process clause*– es susceptible de violación no sólo cuando sean «irrazonables» las modalidades técnicas de ejercicio de los poderes procesales, sino también en los casos en los que la configuración misma de los derechos sustantivos –*substantive rights*–, en la incidencia sobre la posibilidad de probar su existencia en juicio, sea tal que perjudique la tutela, condicionando «irrazonablemente» el éxito del proceso”. STC Pe N° 0023-2005-PI/TC, sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Proceso de Inconstitucionalidad, Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República, de fecha 27 de octubre de 2006, FJ. 7, <<http://www.tc.gob.pe>>.

mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un «juez o tribunal competente» para la «determinación de sus derechos», esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, –continúa la Corte– que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”³⁹⁹.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el debido proceso “está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos”⁴⁰⁰.

En este sentido, el debido proceso, enunciativamente abarca los siguientes derechos: *a)* derecho a la pluralidad de instancias, *b)* juez natural, *c)* a la defensa, *d)*

³⁹⁹ Cor. I.D.H., Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafo 104, <<http://www.corteidh.or.cr>>

⁴⁰⁰ Así tenemos, entre “las características principales del derecho al debido proceso cabe destacar las siguientes: *a)* Es un *derecho de efectividad inmediata*. Es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido de que su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, “Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente” [STC 1417-2005-AA, FJ. 10]. *b)* Es un *derecho de configuración legal*. En la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en la respectiva ley. Al respecto, el Tribunal ha sostenido en la precitada sentencia que los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de gobernabilidad y fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se trate de derechos «en blanco», sino que la capacidad configuradora del legislador se encuentra orientada por su contenido esencial, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales [STC 1417-2005-AA, FJ. 12]. *c)* Es un *derecho de contenido complejo*. No posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución. Al respecto, el contenido del derecho al debido proceso no puede ser interpretado formalistamente, de forma que el haz de derechos y garantías que comprende, para ser válidos, no deben afectar la prelación de otros bienes constitucionales”. STCPE N° 0023-2005-PI/TC, sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Proceso de Inconstitucionalidad, Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República, de fecha 27 de octubre de 2006, FJ. 47, <<http://www.tc.gob.pe>>.

contar con la asesoría de letrado, *e*) a probar, *f*) al contradictorio, *g*) motivación de las resoluciones, entre los más palpables.

Se puede sostener que el derecho al debido proceso se aplica tanto en sede jurisdiccional como en las instancias correspondientes a las instituciones estatales no jurisdiccionales, como también se aplica en las entidades privadas como asociaciones o clubes privados. Todas las instituciones y funcionarios o personas están obligadas a respetar y garantizar a toda persona la observancia de los derechos de defensa, al contradictorio, a estar patrocinado por un abogado, a la pluralidad de instancias, a la fundamentación de las decisiones, a que las razones o motivos de las resoluciones o decisiones se ajusten a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, etc.

El debido proceso a la vez comprende el debido proceso formal y el debido proceso material. El primero comprende la observancia de las formas establecidas por el derecho objetivo y de las garantías de defensa y de contradicción, de fundamentación, de la pluralidad de instancias, etc.⁴⁰¹. Por otro lado, tenemos también el derecho al plazo razonable de duración de un proceso, este tema ha sido abordado en reiteradas oportunidades por el Tribunal Constitucional peruano, aunque orientado a exigir el debido cumplimiento de los plazos máximos establecidos legalmente para mantener privada de libertad a una persona durante el desarrollo de un proceso penal⁴⁰².

⁴⁰¹ Enunciativamente, los derechos que comprende el debido proceso están: *a*) Derecho a ser juzgado conforme a la ley, *b*) juez imparcial, *c*) Derecho a asesoría jurídica, *d*) Legalidad de la sentencia judicial, *e*) derecho de acceso a la jurisdicción, *f*) derecho a la igualdad en el proceso, *g*) derecho al plazo razonable de duración de un proceso, *h*) derecho del inculcado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada en su contra, *i*) la concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, *j*) el derecho del inculcado a defenderse por sí mismo o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estado, *k*) el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, y, *l*) la publicidad del proceso o proceso público, entre otros. Como se podrá apreciar estos principios del debido proceso, están configurados desde su origen para proteger desde una dimensión negativa o abstencionista los derechos fundamentales, que en el Estado social, adoptarán una cualidad diferente, en tanto, las garantías del debido proceso no estarán dirigidas a determinar si la intervención del Estado en la esfera individual es adecuada, necesaria y proporcional, sino, si la intervención permitirá alcanzar fines y objetos determinados para garantizar el goce de los derechos sociales, o de aquellos derechos que requieren una actividad prestacional del Estado.

⁴⁰² “En sus decisiones, el Tribunal Constitucional ha señalado que una forma de detención arbitraria por parte de una autoridad o funcionario lo constituye el hecho de omitir el cumplimiento obligatorio de normas procesales que disponen la libertad inmediata de un detenido, como el caso del beneficio procesal de excarcelación por exceso de detención, previsto en el artículo 137º del Código Procesal Penal. En este sentido, el Tribunal ha precisado que la medida cautelar de detención no debe durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los fines de la investigación. Con estos argumentos, el Tribunal ha decretado la excarcelación de varias personas que se encontraban con orden de detención debido a las investigaciones realizadas por las autoridades judiciales en el marco de procesos penales seguidos contra ellas”, STCPE N° 3771-

En cambio, el debido proceso material se refiere a que las normas o fundamentos en los cuales se basan las decisiones sean razonables y justas en sí mismas, es decir, que las normas o resoluciones que sirven como fundamento para aplicar una sanción o pena o para determinar una situación jurídica concreta se base en el principio de justicia y excluya la arbitrariedad, el absurdo y el abuso; el debido proceso material está referido a que las normas que rigen una comunidad sean justas y valiosas por sí mismas, respondan a los principios de justicia, equidad e igualdad⁴⁰³.

En cambio, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva está orientada a garantizar el derecho de toda persona a acceder al órgano jurisdiccional para proteger sus derechos fundamentales o legales, así como a que se le otorgue justicia, ya sea mediante la interposición de procesos judiciales ordinarios (civiles, penales, laborales, administrativos, comerciales, etc.), o por los Procesos Constitucionales (Amparo,

2004-HC/TC, Piura, Miguel Cornelio Sánchez Calderón, Lima, de fecha 29 de diciembre de 2004, F.Js. 2-4, 6-11, 15, 17-19 y 26, <<http://www.tc.gob.pe>>.

Asimismo, tenemos la prohibición de doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos o *ne bis in idem*. El principio de *ne bis in idem* se encuentra contemplado en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes términos: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión *sustantiva* y, por otro, una connotación procesal: El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

En su vertiente *procesal*, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

De este modo, la afectación del *ne bis in idem* se produce si se supera el siguiente test: *a)* si ambos procesos versaban sobre el mismo objeto, *b)* si ambos procesos se fundan en la misma pretensión; y, *c)* si existe identidad jurídica de las partes. STCPE N° 2050-2002-AA/TC, Lima, Carlos Israel Ramos Colque, Lima, 16 de abril de 2003, FJ. 18 y 19, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁰³ El derecho al debido proceso, señala el Tribunal Constitucional peruano, presenta dos expresiones: la *formal* y la *sustantiva*. “En la de carácter *formal*, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión *sustantiva*, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”. STCPE N° 0023-2005-PI/TC, sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Proceso de Inconstitucionalidad, Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República, de fecha 27 de octubre de 2006, FJ. 48, *vid.* <<http://www.tc.gob.pe>>.

Habeas Corpus, Habeas Data y Cumplimiento) creados para tutelar los derechos constitucionales de la persona, o en el primer caso, para defender los derechos de fuente legal o para establecer una situación jurídica, indemnización, sanción o castigo⁴⁰⁴.

La tutela jurisdiccional efectiva comprende los principios y derechos de acceder a un órgano jurisdiccional imparcial y autónomo, que se ejecute la sentencia en sus propios términos y en un plazo razonable⁴⁰⁵. La tutela jurisdiccional implica la existencia de un sistema democrático, donde las competencias de los órganos del Estado están delimitadas, se reconoce y se funda en un sistema de justicia y de un Poder Judicial autónomo e independiente. La autonomía esta referida a la potestad del órgano judicial de establecer sus propias normas de gobierno, así como de decidir sobre las decisiones a adoptar sobre el buen funcionamiento del servicio de justicia, como por ejemplo el de determinar su propio presupuesto, y su organización jerárquica. En cambio, la independencia es una garantía propia de los jueces, en este sentido, se debe garantizar que el juez resuelva conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico, siguiendo las líneas o directrices de la justicia, la equidad, la igualdad, etc., más no, en razón de intereses partidarios, económicos o subjetivos, ajenos a la justicia, o al bien común⁴⁰⁶.

En esta línea, tenemos que la tutela jurisdiccional se desarrolla principalmente en sede judicial o jurisdiccional, este derecho garantiza en esta misma línea de importancia, que la decisión adoptada en un proceso judicial, donde la sentencia ha

⁴⁰⁴ En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce de forma general dos tipos de procesos, unos destinados a proteger derechos que tienen una fuente legal, a los cuales se denominan procesos ordinarios, y otros, destinados a proteger derechos constitucionales, los cuales son denominados procesos constitucionales. Estos están creados y regulados de forma directa en la Constitución, en el Artículo 200. Los mismos que son regulados a nivel legislativo por la Ley 28237, Código Procesal Constitucional, publicada el 31 de mayo de 2004, y vigente desde el 1º de diciembre de 2004. Acerca del proceso de codificación de los procesos constitucionales, *vid.* Eto Cruz, Gerardo y Palomino Manchego, José F.: "En tres análisis: El primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su *iter* legislativo y sus principios procesales", en AA.VV.: *El Derecho Procesal Constitucional. Estudio en homenaje a Domingo García Belaunde*, José F. Palomino Manchego (coordinador), tomo I, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005, págs. 283-308

⁴⁰⁵ El derecho a la tutela judicial efectiva está previsto en el artículo 3, literal "a" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo". Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 25.1, que "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención".

⁴⁰⁶ Revenga Sánchez, Miguel: "Función jurisdiccional y control político. ¿Hacia una responsabilidad política del juez?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 10, núm. 29, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 117-142.

quedado firme, ejecutoriada o consentida, ha adquirido la calidad de cosa juzgada⁴⁰⁷, se cumpla en sus propios términos y en un plazo razonable, es decir que se ejecute y se cumpla lo decidido.

A modo de conclusión se puede señalar que los derechos y principios recogidos en el artículo 139 de la Constitución garantizan que toda persona cuente con los mecanismos adecuados para defender y cuestionar las decisiones públicas o privadas que le parezcan injustas, ilegales, arbitrarias o vulneradoras de sus derechos; se respeten las garantías mínimas en un proceso como el derecho de defensa, el contradictorio, la pluralidad de instancias, la fundamentación, la valoración de la prueba, entre otros, y que la decisión sea adoptada por un ente imparcial y se base en los criterios de justicia, equidad e igualdad, y que se excluya la arbitrariedad o lo irracional, lo incongruente en los motivos o fundamentos de la decisión. La decisión estatal o privada tenga un basamento legítimo en la Constitución.

Y, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de los mismos⁴⁰⁸. Permitiendo, de esta manera, que a un derecho corresponda siempre una acción y que una acción suponga siempre un derecho. En consecuencia, las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ "(...) contenido formal, que alude al hecho de que las resoluciones que han puesto fin al proceso judicial no puedan ser nuevamente cuestionadas, en la medida en que ya se han agotado todos los recursos impugnatorios que la ley prevé, o que, en su defecto, han transcurrido los plazos exigidos para hacerlo. Y un contenido material, que hace referencia a la materia contenida en la resolución judicial, la misma que al adquirir tal condición no puede ser modificada o dejada sin efecto, sea por parte de otros poderes públicos, de terceros, o inclusive de los propios órganos jurisdiccionales que emitieron la resolución judicial en mención [...]”, STCPE N° 4587-2004-AA/TC, Lima, Santiago Martín Rivas, de fecha 29 de noviembre de 2005, FJ. 38, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁰⁸ Arangüeña Fanego, Coral: “Introducción al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH, en particular, el derecho de acceso a un tribunal (Art. 6)”, en AA.VV.: *La Europa de los derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Javier García Roca y Pablo Santolaya (coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 231-243.

⁴⁰⁹ Landa, César: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 70.

6.4. TUTELA PROCESAL: EL PROCESO DE AMPARO Y LA LEGITIMIDAD PROCESAL ACTIVA PARA TUTELAR DERECHOS CONSTITUCIONALES

Nuestro ordenamiento constitucional ha establecido como un mecanismo eficaz de protección y defensa de los derechos constitucionales de la persona a los Procesos Constitucionales regulados en el Artículo 200 de la Constitución. Reservando, en concreto, para el Proceso de Amparo la protección de los derechos constitucionales que son vulnerados por hecho u omisión por cualquier autoridad, funcionario o persona y que no son tutelables por los procesos de Habeas Corpus y Habeas Data.

Sobre el ámbito de protección y defensa de los derechos susceptibles de ser tutelados por el Proceso de Amparo se ha establecido, en principio, que sólo procede para la defensa de los derechos constitucionales reconocidos taxativamente e implícitamente en la Constitución, de conformidad a lo dispuesto por el Artículo 3 y el inc. 2 del Artículo 200 de la Constitución. En tal sentido, en procesos como el Amparo, por la propia naturaleza del objeto a proteger, sólo se tutelan pretensiones que están relacionadas con el ámbito constitucional de un derecho fundamental. En esta misma dirección, se ha reconocido, además, básicamente dos sub tipos Amparo⁴¹⁰. Además del Amparo general, tenemos el Amparo que procede frente aun acto lesivo constituido por una resolución judicial (Amparo contra resoluciones judiciales)⁴¹¹ y el Amparo que procede frente a una norma legal, en concreto una norma legal autoaplicativa (Amparo contra leyes)⁴¹².

Teniendo en cuenta lo señalado, se ha estipulado, los supuestos en los cuáles no procede el Amparo. Así, El Tribunal Constitucional peruano, como órgano

⁴¹⁰ Sobre una tipología más completa, *vid.* Eto Cruz, Gerardo: *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*, 2 tomos, Gaceta Jurídica, Lima, 2013. En especial “Capítulo decimosexto: Una propuesta de tipologías de amparo en el Perú”.

⁴¹¹ *Vid.* Abad Yupanqui, Samuel B.: “La acción de amparo contra resoluciones judiciales”, Comisión Andina de Juristas, *Lecturas sobre temas constitucionales*, núm. 3, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, págs. 41-70; Eto Cruz, Gerardo: *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, 4ª. edición, Editorial Adrus, Arequipa, 2011, págs. 359-380. Y sobre la modalidad especial de Amparo contra Amparo, *vid.* Carpio Marcos, Edgar y Sáenz Dávalos, Luis R.: *El amparo contra el amparo (dos versiones sobre un mismo tema)*, Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L., Lima, 2004, 64 págs.; Sáenz Dávalos, Luis R.: “El amparo contra amparo en el Perú: estado actual de la cuestión a la luz de los precedentes existentes”, en AA.VV.: *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Oscar Peña Gonzáles (coordinador), APECC, Lima, 2012, págs. 51-95.

⁴¹² *Vid.* Abad Yupanqui, Samuel B.: “El amparo contra leyes”, Comisión Andina de Juristas: *Lecturas constitucionales andinas*, núm. 3, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, págs. 129-154 y Eto Cruz, Gerardo: *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, *op. cit.*, págs. 450 y ss.

especializado de control de la constitucionalidad de las leyes e instancia última y definitiva sobre la protección de los derechos constitucionales⁴¹³, ha establecido que no pueden ser conocidas en un proceso como el amparo⁴¹⁴:

i) Las pretensiones relacionadas con otro tipo de derechos (de origen legal, administrativo, etc.), lo que requiere ciertamente de una precisión: el hecho de que un derecho se encuentre regulado en una ley, reglamento o acto de particulares no implica *per se* que carezca de fundamentalidad o relevancia constitucional y consecuentemente no sea susceptible de protección en la jurisdicción constitucional, pues existe un considerable número de casos en los que la ley, el reglamento o el acto entre particulares tan sólo desarrollan el contenido de un derecho fundamental de manera que este contenido, por tener relevancia constitucional, sí es susceptible de protección en la jurisdicción constitucional. Lo que no es protegible en un proceso constitucional es aquel contenido de una ley, reglamento o acto de particulares que carezca de fundamentalidad o relevancia constitucional. Por ejemplo, un derecho sin relevancia constitucional, es el derecho de posesión regulado por el artículo 896° del Código Civil o los beneficios de combustible o chofer para militares regulados en el Decreto Ley N.º 19846.

ii) Las pretensiones que, aunque relacionadas o no con el contenido constitucional de un derecho fundamental, no son susceptibles de protección en un proceso constitucional sino en un proceso ordinario. Así, por ejemplo, no se protegen en el amparo contra resoluciones judiciales aquellas pretensiones mediante las cuales se persigue una nueva valoración de la prueba o la determinación de la validez de un contrato, entre otras.

En relación al titular del derecho, se ha establecido a nivel constitucional y legislativo, que el afectado es el *legitimado* para interponer la demanda de Amparo⁴¹⁵.

⁴¹³ De conformidad al Artículo 202 el Tribunal Constitucional peruano conoce en instancia única y definitiva la acción de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia (incisos 1 y 3) y en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción De Cumplimiento. Sobre las competencias del Tribunal Constitucional peruano, *vid.* García Belaunde, Domingo: "Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993", en AA.VV.: *La Constitución de 1993: Análisis y comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lecturas sobre temas constitucionales, núm. 10, Lima, 1994, págs. 253-264.

⁴¹⁴ STCPE N° 01537-2008-PA/TC, Lima, Racier S.A., Representada por Fernando Rodríguez Cánepa, de fecha 9 de diciembre de 2008, FJ. N° 4, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴¹⁵ Sobre la legitimidad procesal, *vid.* Torres Muro, Ignacio: *La legitimación en los procesos constitucionales*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2007, 248 págs. y Eto Cruz, Gerardo: *El desarrollo del*

Puede también hacerlo su representante procesal, con el sustento de poder que no tiene que estar inscrito en los Registros Públicos. Tratándose de la defensa del ambiente y de otros derechos difusos reconocidos por la Constitución, la acción puede ser promovida por cualquier persona o por instituciones sin fines de lucro dedicadas a este objeto. El Defensor del Pueblo también se encuentra legitimado para interponer la demanda de Amparo en el ámbito de sus competencias (Artículo 40). El Artículo 41 contempla la *procuración oficiosa*, habilitando a cualquiera a interponer una demanda de Amparo en favor de alguien de quien no tiene representación, siempre que éste se encuentre imposibilitado de hacerlo directamente y que ratifique la demanda y la actividad procesal realizada cuando se halle en posibilidad de hacerlo⁴¹⁶.

En los casos que se interpongan intereses de dos entidades de derecho público el Amparo será procedente cuando la actividad de la entidad de derecho público demandada no haya sido efectuada en el ejercicio regular de sus funciones. Figura que cambia por completo lo establecido en el inc. 9 del Artículo 5 del Código Procesal Constitucional sobre un supuesto de improcedencia, pero a partir de una interpretación a *contrario sensu*, en el sentido que se habilita la procedencia del Amparo entre entidades de derecho público interno cuando éstas no han actuado en el ejercicio regular de sus funciones.

Para estos efectos, el sentido normativo del Precedente Constitucional Vinculante⁴¹⁷ recaído en la STCPE N° 1150-2004-AA/TC, precisado en el fundamento jurídico N° 1, ha determinado que en tanto las entidades del Estado de derecho público no actúen en el marco regular de sus funciones, sus actos serán pasibles de ser cuestionadas en sede constitucional, y en el caso concreto del inc. 9 del Artículo 5 del

Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, op. cit., págs. 454 y ss.

⁴¹⁶ Eguiguren Praeli, Francisco José: "El nuevo Código Procesal Constitucional", Revista Peruana de Derecho Público, año 5, núm. 8, enero-junio, 2004, Lima, págs. 105 y ss.

⁴¹⁷ El Precedente Constitucional Vinculante, su significado e importancia radica en constituir: a) Regla jurídica de alcance expuesta en un caso particular y concreto que se establece como regla general, b) Parámetro normativo, c) Efectos similares a ley y d) Obligatorio cumplimiento, STCPE N° 0024-2003-AI/TC, Lima, Municipalidad Distrital de Lurín, de fecha 10 de octubre de 2005, Fundamentos: La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante, <<http://www.tc.gob.pe>>. Asimismo, acerca del Precedente Constitucional Vinculante, *vid.* Palomino Manchego, José F. y Chávez Rabanal, Mario G.: "Precedente constitucional vinculante sobre las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura", en AA.VV.: *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, op. cit.*, págs. 31-49. Asimismo, *vid.* STCPE N° 0024-2003-AI/TC Lima, Municipalidad Distrital de Lurín, de fecha 10 de octubre de 2005, y 03741-2004-PA/TC Lima, Ramón Hernando Salazar Yarlénque, de fecha 14 de noviembre de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>.

CPCONST., podrán ser cuestionadas por otras entidades del Estado, que vean afectados sus intereses directamente, dentro del marco de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Así, una entidad de derecho público del Estado tendrá la potestad de interponer una demanda de Amparo, el mismo que será procedente en el caso que se evidencie la actuación *irregular* de los actos de las entidades del Estado, las mismas, que de forma general, pueden ser cuestionadas por particulares, como por las propias entidades de derecho público, según la interpretación efectuada como Precedente Vinculante del Tribunal Constitucional.

En tal sentido, para aplicar el contenido normativo del precedente vinculante recaído en el fundamento N° 1 de la STCPE N° 1150-2004-AA/TC, se exigirá como principal requisito la constatación que la actuación de la entidad de derecho público demandada no haya actuado en el marco *regular* de sus funciones, que no sólo se evidencia con constatar que se encuentre facultado para realizar un determinado acto, sino que el contenido de dicha actuación no afecte valores, principios o bienes constitucionales. De tal forma, la revisión de control constitucional de los actos de las entidades de derecho público tiene que revestir un análisis de forma y de contenido para determinar la procedencia del Amparo, la misma que una vez constatada, se pronunciará, dentro del Proceso de Amparo, si dicha actuación *irregular* es lesiva o no de derechos de connotación constitucional.

Para nuestros fines las entidades de derecho público que materialicen un derecho social están facultadas para accionar contra las otras entidades de derecho público que pongan en peligro un derecho social o mermen la institucional que los respalda, así como también están legitimadas para requerir a los poderes públicos para que cumplan con los mandatos constitucionales de protección de los derechos sociales y requerir que habiliten la partida presupuestaria requerida, otorguen la normatividad pertinente o concreten las políticas públicas de prestación de los servicios públicos.

6.5. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTENIDO DEL DEBIDO PROCESO

Se puede señalar que las garantías jurisdiccionales en sede constitucional tienen como finalidad la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales por un poder independiente a los sujetos obligados –públicos o privados– para la resolución de denuncias de incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Constitución y en las

leyes de desarrollo constitucional, dado el caso, obligue a su cumplimiento y establezca reparaciones o sanciones⁴¹⁸. La garantía jurisdiccional busca que las lesiones de los derechos fundamentales sean eliminadas, y repuestas al estado anterior a su afectación. Hace que los derechos sean todos justiciables en juicio frente a los sujetos responsables de su vulneración, sea por comisión o por omisión.

Las Constituciones modernas, tanto en los sistemas que han adoptado un sistema o modelo de control de la constitucionalidad de filiación Kelseniana como en los tributarios de la *judicial review*⁴¹⁹, autorizan a la jurisdicción constitucional, Poder Judicial o Tribunal Constitucional o Corte especializada, a otorgar una tutela eficaz de los derechos subjetivos. Garantías destinadas a otorgar tutela jurisdiccional ya mediante los procesos constitucionales como el Amparo, así como los procesos orgánicos como el proceso de Inconstitucionalidad, de Acción Popular, o a través de los procesos ordinarios en el Poder Judicial mediante la resolución litigiosa de un conflicto en la comunidad.

Vale recordar que a partir de la jurisprudencia constitucional, para nuestro ordenamiento constitucional, la tutela constitucional de los derechos de libertad, se hace de forma automática ante la lesión o afectación de uno de sus contenidos; en cambio, la tutela de los derechos sociales, especialmente los que requieren de prestaciones, están «condicionados» a la intervención del legislador en tanto requiere que este determine el contenido constitucionalmente protegido y susceptible de ser tutelado (*infra* § 6.6.4). En cambio, en relación a los derechos difusos, se ha establecido que el derecho obtendrá tutela cuando se haya determinado el acto concreto de la afectación del derecho, así como los responsables.

Por ejemplo, las demandas de Amparo que no contengan como pretensión la tutela de un derecho de relevancia constitucional y no se determine concretamente el contenido constitucional o bien constitucional lesionado del derecho, no será susceptible, en tanto no se cumplirá uno de los presupuestos necesarios: la concurrencia de un derecho líquido, concreto de naturaleza constitucional. Por lo que, no será

⁴¹⁸ Abramovich, Víctor y Curtis, Christian: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional*, 1ª. edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 79.

⁴¹⁹ El Perú ha adoptado el modelo dual o paralelo de control de la constitucionalidad de las leyes, *vid.* García Belaunde, Domingo: “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en AA.VV.: *Proceso y Constitución*, Osvaldo A. Gozáni (coordinador), Ediar, Buenos Aires, 2009, págs. 29-52.

tutelado mediante el Proceso Constitucional de Amparo, conforme lo dispone la Constitución y el Código Procesal Constitucional (Artículo 5 inc. 1). En los supuestos que se alegue la afectación de un derecho constitucional y no se haya demostrado que se está solicitando la tutela de un derecho de relevancia constitucional, para tutelar tal pretensión, se tendrá que recurrir a los procesos ordinarios.

La garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales es realizada por el juez constitucional en los procesos de la libertad o en los orgánicos, de tal manera se crean estos mecanismos para proteger los derechos constitucionales reconocidos a la persona humana. Al haberse reconocido determinados derechos a las persona, procederá tutelarlos cuando se esté ante la afectación de un bien constitucional, se determine el acto lesivo del derechos fundamental y se determine al responsable de la agresión⁴²⁰.

Para la tutela de los derechos, entonces, se exigirá: *a) la existencia de un derecho constitucional líquido; b) la concurrencia de un acto lesivo*, que puede ser por acciones u omisiones. Estos requisitos son esenciales, con los cuáles es suficiente para que se tutele a un derecho constitucional. Asimismo, se han señalado, dos requisitos adicionales o accesorios, *c) un sujeto obligado*, que no son otros que el Estado y los particulares; *y, d) la existencia de acciones y remedios adecuados* para tutelar el derecho, donde tenemos propiamente a los procesos constitucionales, para garantizar la supremacía de la Constitución y la plena eficacia de los derechos fundamentales, y en sede del Poder Judicial tenemos a los procesos ordinarios cuando resulten vías idóneas e eficaces para tutelar los derechos constitucionales⁴²¹.

La garantía jurisdiccional asegura que en la tutela de los derechos se observen todos los principios del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva –tutela procesal efectiva en los términos del CPCONST.– (*supra* § 6.3.) y se torne eficaz el derecho a través de la cesación del agravio y reponiendo, su goce y ejercicio, al estado anterior a la vulneración o amenaza de vulneración. Mediante estas garantías y procesos se asegura a la persona no sólo el acceso y la protección de sus derechos

⁴²⁰ Aunque este último requisito, sujeto obligado, puede ser superado por la determinación, a futuro o pronta, del sujeto obligado, en los procesos constitucionales de la libertad. STCPE N° 05842-2006-PHC/TC, Lima, Miguel Ángel Morales Denegri, a favor de los internados en la sala de hospitalización de adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental ‘Honorio Delgado-Hideyo Noguchi’, de fecha 7 de noviembre de 2008, FJs. 24-34 (legitimación pasiva), <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴²¹ Sobre las vías específicas, idóneas e igualmente satisfactorias a los procesos constitucionales *vid.* Eguiguren Praeli, Francisco José: “La opción por un amparo estricto y residual en el Perú”, Estudios Constitucionales, año 4, núm. 2, noviembre, Universidad de Talca, Talca, 2006, págs. 67-85.

constitucionales, reconocidos en la Constitución, sino también en la misma línea de importancia, la defensa de los valores superiores que definen a nuestra sociedad.

En esta línea, la sentencia recaída en la STCPE N° 1150-2004-AA/TC (*supra* § 6.4.), se ha establecido como mandatos de obligatorio cumplimiento que las demandas de Amparo presentadas por las entidades de Derecho Público contra otras entidades de Derecho Público serán procedentes siempre y cuando los actos que se cuestionan o se solicitan que se deje sin efecto, han sido emitidos al margen de sus funciones o competencias, es decir, han sido emitidas sin respetar las garantías de un debido proceso y al margen de las atribuciones otorgadas por la Constitución y por las leyes de desarrollo, de conformidad a una interpretación *a contrario sensu* del inc. 9 del Artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

Por lo que, las entidades de Derecho Público, tendrán plena legitimidad para interponer una demanda de Amparo con ocasión de requerir a las entidades del Estado correspondientes para que implementen, modifiquen o remuevan las condiciones requeridas para tornar eficaz materialmente un derecho constitucional social de naturaleza prestacional (*infra* § 6.6.).

6.6. LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CONTENIDO PRESTACIONAL

6.6.1. DERECHOS SOCIALES NO PRESTACIONALES O INCONDICIONADOS

Es posible distinguir a los derechos sociales entre derechos sociales incondicionados y derechos sociales condicionados⁴²². Los primeros son derechos que conciernen a relaciones jurídicas que se instituyen espontáneamente, es decir sobre la libre iniciativa de las partes, refiriéndose a ellos para cualificar el tipo o la calidad de determinadas prestaciones debidas⁴²³, pueden hacerse valer directamente por los derechohabientes frente a la otra contraparte (privada o pública), en cuanto, por el sólo hecho de su reconocimiento en la Constitución, acceden automáticamente a las relaciones jurídicas a que se refieren, dejando al juez, en caso de conflicto entre las partes, sólo la tarea de determinar el *quantum* de la prestación debida –siempre que no esté preestablecida por ley– a través del ejercicio de la propia discrecionalidad de interpretación (valoración). A este subgrupo de derechos sociales pertenecen el derecho

⁴²² Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 194.

⁴²³ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 195.

a una retribución proporcionada y suficiente, el derecho al descanso y vacaciones, el derecho de la mujer a la igualdad de las condiciones de trabajo y el del menor a la equidad de la retribución, el derecho a recibir cuidados médicos, los derechos de la familia referidos a la asistencia recíproca, a la cohabitación y a la fidelidad, el derecho de los hijos a la educación familiar, el derecho a no ser despedido arbitrariamente, el derecho al descanso, a la asistencia familiar, el derecho de los hijos a la educación, etc.)⁴²⁴.

Se puede hablar de derechos no prestacionales como aquellos derechos sociales que se tutelan con obligaciones de *no hacer* por parte del Estado como por parte de los particulares. Su ámbito de protección queda estatuido por el respeto del derecho social, por su no intervención o limitación arbitraria. En estos casos el Estado o particular se obliga a no limitar desproporcionalmente el goce o ejercicio del derecho. Son mandatos de *no hacer*, son *omisiones*, que se ha de observar.

En este grupo ubicamos a lo que un sector de la doctrina ha denominado las libertades sociales: “libertad de elección de una profesión, la libertad de contraer matrimonio y de procrear, de elegir el tipo de educación para los propios hijos, el derecho a la salud, la libertad de enseñanza, de crear y gestionar escuelas, la de elegir escuela, de emigración, la libertad sindical, el derecho a la huelga”⁴²⁵.

Los derechos sociales de contenido incondicionado se presenta en los casos de no aprobar una ley que atente, empeore la salud, la educación, el trabajo, etc. El principio de progresividad aunado al de no lesividad, es un claro caso. En el ámbito del trabajo se presenta la obligación o deber del empleador de no obligar al trabajador a laborar más de 8 horas diarias o 48 horas semanales. De no privarle de sus vacaciones o licencia con goce de haber por maternidad, despedirlo sin causa justa, de no pagarle su salario o beneficios sociales. En materia de pensiones de privarle arbitrariamente la pensión a un pensionista o no permitirle acceder a un régimen pensionario, etc. En el caso de la salud de no aprobar una legislación que atente la salud física y mental, de entregar medicamento adulterados o malogrados, etc.⁴²⁶. En el ámbito de la educación

⁴²⁴ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 195.

⁴²⁵ AA.VV.: *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, tomo I, op. cit., pág. 121.

⁴²⁶ Así tenemos por ejemplo: “El derecho a la salud presenta la misma estructura del derecho de libertad personal: el bien protegido es el mismo, la persona humana, la persona humana en su integridad psicofísica; diversas son las conductas o actividades perjudiciales o peligrosas, actuales y directas, en el caso de la libertad personal, potenciales o indirectas (incidentes que afectan, por

de recortar o suprimir la educación pública gratuita básica, de clausurar centros educativos sin razones fundadas, etc., entre otros. Estos derechos por lo general se manifiestan como límites a la actuación del Estado o a los atributos o derechos de los particulares. En suma, su protección se asemeja a la protección de los derechos fundamentales o derechos de libertad (*supra* § 6.5.).

La tutela de los derechos no prestacionales o incondicionados no genera ningún tipo de controversia o complejidad mayor a la que presentan los derechos civiles o políticos, o en todo caso, los derechos fundamentales entendidos como límites al poder. En este aspecto los derechos sociales no prestacionales no presentan o tienen mayores problemas de eficacia jurídica, o fáctica, o de exigibilidad jurisdiccional.

Se puede señalar que el término de derechos no prestacionales incondicionados es una redundancia, dado que un derecho no prestacional, de por sí no está sujeto a ningún tipo de condición: ley, reglamento, infraestructura, presupuesto, etc., para su eficacia jurídica o ejercicio. Los derechos no prestacionales en sí mismos son derechos incondicionados.

Al hablar de derechos incondicionados se hace referencia, entonces, a que su protección se hace ya sea con medidas abstencionistas (como es el caso de las libertades) o que su pleno ejercicio se desprende de su propia configuración constitucional, tiene un contenido directamente aplicable, o prestacionales, cuando cuenta con toda una institucionalidad que respalda y sustenta el otorgamiento de la prestación, pensión salario, medicamentos, compensación por tiempo de servicios, etc., el mismo, que en todos los casos, puede ser tutelado por el juez.

Teniendo en cuenta esta caracterización de los derechos sociales no prestacionales, se puede hablar que se asemejan a los derechos incondicionados, como ya se señaló, toda vez que su eficacia no está sujeta o subordinada al cumplimiento de ninguna condición externa para su ejercicio, lo único que se requiere es que el Estado o los particulares no se extralimiten en sus funciones o hagan abuso del derecho, respectivamente, que no actúen arbitraria o desproporcionalmente.

ejemplo, el entorno ambiental de vida personal o colectiva) en el caso del derecho a la salud”, *vid. AA.VV.: Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, tomo I, *op. cit.*, págs. 212-122.

6.6.2. DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES CONDICIONADOS

Los segundos, los derechos sociales de contenido prestacional «condicionado», por el contrario, son derechos cuyo goce dependen de la existencia de un presupuesto de hecho, es decir, de la presencia de una organización erogadora de las prestaciones objeto de los derechos mismos, o, en todo caso, necesaria para hacer posible los comportamientos o las conductas que constituyen el contenido de aquellos derechos⁴²⁷. Estos derechos presuponen para su goce efectivo la existencia de organizaciones indispensables para la erogación de las prestaciones garantizadas o para el cumplimiento de las conductas de que consta el derecho en cuestión. Cuando existen las condiciones de hecho para el goce de estos derechos (existencia de la organización y de las instituciones necesarias), no cabe duda que tales derechos dan lugar, en cabeza de los interesados, a pretensiones directamente accionables y defensables ante el juez⁴²⁸. En otros términos, con la realización del presupuesto de hecho (existencia de la organización y de las instituciones necesarias), estos derechos adquieren de nuevo el carácter que el constituyente les imprimió originariamente y se comportan, por ello, como los derechos sociales incondicionados o los «liberales».

Pero, a diferencia de lo que sostienen quienes reducen el problema de los derechos sociales al de las normas «programáticas», la ausencia eventual del presupuesto de hecho condicionante (ausencia de la organización y de las instituciones necesarias) no afecta la garantía de aquellos derechos en cuanto al *si* y al *quid*⁴²⁹: ésta, en efecto, ya está establecida en la Constitución y no puede negarse, so pena de hacer sustancialmente vanos tales derechos como «derechos constitucionales». La ausencia del presupuesto condicionante se refiere, en cambio, sólo al *cómo* y al *cuándo* asegurar en concreto aquellos derechos⁴³⁰.

En lo que respecta al *cómo* y al *cuando* la discrecionalidad del legislador no es en absoluto plena e incuestionable. En estos casos, hay que distinguir entre el reconocimiento de los derechos sociales de contenido «condicionados», que sin duda se realiza por la Constitución, y su garantía concreta, que se encuentra «bajo la reserva de

⁴²⁷ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales, op. cit.*, pág. 195.

⁴²⁸ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales, op. cit.*, pág. 196.

⁴²⁹ Referidos a su reconocimiento constitucional como verdaderos derechos fundamentales.

⁴³⁰ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales, op. cit.*, pág. 197.

lo posible»o de lo «razonable»⁴³¹. Esta fórmula lejos de comportar una remisión en blanco al poder de decisión del legislador, exige, por el contrario, que éste gradúe el desarrollo de los derechos sociales en relación con el cuadro general de los intereses constitucionales primarios que está llamado a satisfacer y con las condiciones globales del presupuesto del Estado⁴³².

La utilidad de este principio se justifica por tres razones: **primero**, identifica de manera correcta el problema de la gradualidad necesaria de su realización, y no lo traspone sin justificación en una cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los mismos derechos; **segundo**, permite a la Corte o Tribunal Constitucional conceptuar sobre lo «razonable» de la ponderación de los intereses que han conducido al legislador a desarrollar parcialmente los derechos sociales fundamentales, confiere a ésta la posibilidad de afirmar en concreto la primacía de la Constitución en relación con las inercias «irrazonables» o con los retardos del legislador; y **finalmente**, permite a la Corte o Tribunal conceptuar si determinadas actuaciones iniciales por parte del legislador para la garantía efectiva de los derechos sociales se inspiran realmente en el criterio especial de justicia que constituye la *ratio* propia de cada derecho social (por ejemplo, la selección de los derechohabientes a la asistencia debe realizarse sobre la base de la necesidad, y no de otros criterios, la de los beneficiarios del derecho a recibir ayuda con las becas para acceder a la instrucción superior debe hacerse sobre la base del mérito y de la necesidad, y no de otros criterios)⁴³³.

Los derechos sociales prestacionales condicionados no cuentan con un respaldo institucional que precise el objeto de la prestación, el sujeto obligado a otorgar la prestación y el sujeto beneficiario, en todo caso, está por determinar.

La prestación se manifiesta generalmente como una obligación o un deber de hacer y consiste en otorgar una suma monetaria (salario, pensión, seguro de desempleo, etc. o aumento o reajuste de dichos ingresos) o un bien (medicinas, vestimentas, alimentos, etc.) o un servicio (educación, vivienda, atención médica, etc.) o un trabajo del Estado; y, se encuentra vinculado al presupuesto o gasto público del Estado, a la emisión de una normatividad, de una infraestructura, de un aparato administrativo.

⁴³¹ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 197.

⁴³² Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 198.

⁴³³ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 201.

Un ciudadano que pretenda demandar o solicitar que se le otorgue una de estas prestaciones, no obtendrá una respuesta estimatoria, se le denegará su petitorio. Las razones que explican la desestimación de una de estas prestaciones son las siguientes: *a)* No existe la obligación precisa: no está establecida de forma clara y precisa que el Estado debe aumentar el salario, dar una pensión sin aportes, una casa, un puesto de trabajo, etc.; *b)* No se tiene precisado al sujeto obligado: si es la institución donde labora el trabajador, el órgano del Estado al cual pertenece dicha institución, si es al gobierno central o a un Ministerio o un particular; *c)* Inexistencia de recursos públicos: la ley de presupuesto, las instituciones del Estado no pueden generar nuevos e inmediatos gastos que no están contemplados o programados; y, *d)* prestaciones progresivas: la propia norma constitucional establece que los derechos o disposiciones constitucionales que impliquen un gasto público se aplican progresivamente (Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993).

Estos argumentos han contribuido a fundamentar la tesis de la ineficacia jurídica directa o inexigibilidad judicial de los derechos sociales prestacionales condicionados.

Pero en realidad las cosas no son lo que a simple vista parecen. Si bien en parte se acerca a la tesis de la configuración legal, en la medida que estas prestaciones otorgadas por un derecho social implican la existencia de una normatividad, infraestructura, presupuesto que precise los elementos de la relación sustantiva: beneficiario, objeto y responsable, o en términos mejor expresados, de una institucionalidad que la respalde; no es cierto que el legislador tenga carácter determinante y discrecional sobre el mandato de cumplimiento o proporcionalidad de ejecución de la prestación, es decir sea una «carta en blanco» sujeta a su mera voluntad.

Es teniendo en cuenta este aspecto, donde sostenemos que los derechos sociales prestacionales condicionados tienen eficacia jurídica directa, plena exigibilidad jurisdiccional. Pero antes, estos derechos no solo serán pasibles de ser protegidos por las garantías judiciales, sino también por las garantías sociales y políticas. A través de las garantías sociales los ciudadanos o beneficiarios de estos derechos actuarán mediante las manifestaciones, huelgas, paros, convenios colectivos o acuerdos con el gobierno para el otorgamiento de la prestación. O sino, a través de las garantías políticas, mediante los procedimientos de participación ciudadana como las consultas populares,

referéndums, iniciativas legislativas o de petición para conseguir la aprobación de una norma que autorice el otorgamiento de la prestación.

Pero, en lo que respecta a nuestro tema, será mediante las garantías jurídicas que se podrá exigir a los órganos jurisdiccionales para que garantice el otorgamiento de la prestación. Y ello se hará mediante la interposición de una demanda de Inconstitucionalidad por omisión, un Amparo por omisión o Proceso de Cumplimiento, para requerir a los órganos del Estado que institucionalicen estos derechos, reconozcan y otorguen estas prestaciones, por cuanto un Tribunal Constitucional o juez constitucional están facultados para exigir a los órganos estatales que cumplan con los mandatos constitucionales de otorgamiento de prestación o exhortarlos a que emitan la normatividad que sustente el otorgamiento de las mismas, es decir, garantice que los órganos públicos acaten lo establecido en la Constitución y realicen las acciones correspondientes para institucionalizar las prestaciones de los derechos sociales conforme a la Constitución.

En estos términos, el legislador no se encuentra discrecionalmente vinculado a los mandatos constitucionales, sino se encuentra obligado a dar plena eficacia a los mandatos constitucionales en materia económica social, de servicios públicos y de los derechos sociales, y el juez constitucional es el que debe velar porque se cumplan estos mandatos. A partir de esto, se demuestra la eficacia jurídica de los derechos sociales prestacionales condicionados, expresada en el hecho de que jurídicamente se exige al Estado para que institucionalice las condiciones que hagan viables y realizables las prestaciones de los derechos sociales.

En este sentido, a este subgrupo de derechos pertenecen el derecho a la asistencia y el derecho a la previsión universal, el derecho a la instrucción y al acceso a las instituciones educativas en todos los niveles, el derecho a prestaciones sanitarias y el de los indigentes a cuidados gratuitos, el derecho de los inhábiles y de los minusválidos a la educación y a la formación profesional, el derecho de los trabajadores a la colaboración en la gestión de las empresas, el derecho a la habitación y el derecho a un ambiente sano, el derecho de los trabajadores a la colaboración de las empresas, a una vivienda, a puesto de trabajo, a renta básica, entre otros.

6.6.3. TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS NO PRESTACIONALES O INCONDICIONADOS

Los derechos sociales prestacionales incondicionados propiamente como los derechos no prestacionales (a ambos tipos denominaremos derechos sociales incondicionados), pueden ser tutelados por los procesos constitucionales de la libertad⁴³⁴, en especial en nuestro ordenamiento jurídico por el Proceso de Amparo. Como premisa, partimos por señalar, en el sistema constitucional peruano de protección de los derechos constitucionales, se exigen en los procesos constitucionales de la libertad, el cumplimiento de los siguientes requisitos: *a) Derecho constitucional líquido y b) la concurrencia de un acto lesivo*. Y esto queda corroborado, por lo sostenido por el Tribunal Constitucional peruano, para quien, “mediante este proceso [Amparo] no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisitos constituye un presupuesto procesal”⁴³⁵.

En este punto, además, resulta relevante la diferenciación entre las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental (derecho constitucional), para determinar una relación jurídico procesal válida a partir de la cual el juez tutelaré judicialmente el derecho invocado. Estas diferencias han sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional peruano, apoyándose en la doctrina⁴³⁶, así ha sostenido:

“«todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental». De esta forma cabe distinguir entre las *disposiciones* de derecho fundamental, las *normas* de derecho fundamental y las *posiciones* de derecho fundamental. Las *disposiciones* de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las *normas*

⁴³⁴ Vid. Cascajo Castro, José Luis: “La jurisdicción constitucional de la libertad”, Revista de Estudios Políticos, núm. 199, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1975, págs. 149-198. En el ordenamiento jurídico peruano los procesos constitucionales de la libertad están reconocidos en el Artículo 200 inc. 1, 2, 3 y 6, y comprenden los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento, respectivamente.

⁴³⁵ Cfr. Artículo 200 inc. 2 de la Constitución y Artículos 1, 2, 3, 4, 5 inc. 1 y 5; 9 y 38 del CPCONST, así como de la uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, *vid.* STCPE N° 0976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco, Huánuco, de fecha 13 de marzo del 2003, FJ. 3; STCPE N° 9949-2005-PA/TC, Arequipa, José Herald Montenegro Guzmán, de fecha 21 de febrero de 2006, FJ. 3; STCPE N° 02409-2008-PA/TC, Puno, Margarita Roquecayo, de fecha 9 de junio de 2009, FJ. 3, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴³⁶ Cfr. Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 76 y Alexy, Robert: *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático*, D&L, núm. 8, 2000, págs. 12 y ss.

de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las *posiciones* de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.

Las *posiciones* de derecho fundamental son relaciones jurídicas que (...) presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo.

Por ello, cabe afirmar que las *posiciones* de derecho fundamental, son los derechos fundamentales en sentido estricto, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos.

Estos atributos, como se ha dicho, vinculan a todas las personas y, por tanto, pueden ser exigidas al sujeto pasivo, se presentan en una relación jurídica sustancial, susceptibles de ser proyectadas en una relación jurídica procesal en forma de pretensiones al interior de los procesos constitucionales de la libertad (sea el amparo, el hábeas corpus o el hábeas data).

Así las cosas, la estimación en un proceso constitucional de las pretensiones que pretendan hacerse valer en reclamo de la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental, se encuentran condicionadas, cuando menos, a las siguientes exigencias:

a) A que dicha *pretensión sea válida*, o, dicho de otro modo, a que sea consecuencia de un sentido interpretativo (norma) que sea válidamente atribuible a la disposición constitucional que reconoce un derecho. Por ejemplo, no sería válida la pretensión que pretenda reconocer como legítimo el insulto. La demanda de amparo que pretenda el reconocimiento de la validez de dicha pretensión, será declarada infundada, ya que se fundamenta en una norma inválida atribuida a la disposición contenida en el inciso 4) del artículo 2º constitucional.

b) A que en los casos de pretensiones válidas, éstas *deriven directamente del contenido esencial* de un derecho protegido por una disposición constitucional. En otras palabras, una demanda planteada en un proceso constitucional de la libertad, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. Y, *contrario sensu*, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales.

En efecto, dado que los procesos constitucionales de la libertad son la garantía jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, no pueden encontrarse orientados a la defensa de los derechos creados por el legislador, sino sólo aquellos reconocidos por el Poder Constituyente en su creación; a saber, la Constitución.

En consecuencia, si bien el legislador es competente para crear derechos subjetivos a través de la ley, empero, la protección jurisdiccional de éstos debe verificarse en los procesos

ordinarios. Mientras que, por imperio del artículo 200° de la Constitución y del artículo 38° del CPCONST., a los procesos constitucionales de la libertad es privativa la protección de los derechos de sustento constitucional directo⁴³⁷.

En estos términos, los derechos sociales prestacionales incondicionados, son en expresiones prácticas, derechos líquidos, de eficacia directa o de contenido constitucional directo (*supra* § 6.2.). Se denomina derechos líquidos aquellos derechos que son eficaces de forma directa, precisan o identifican al sujeto titular del derecho, al sujeto obligado y la obligación o contenido del derecho, estos elementos se derivan de forma directa y clara de la disposición constitucional.

A partir de lo cual, en lo concerniente a los derechos sociales, entre las características de los derechos líquidos tenemos: *a*) titularidad: sujeto beneficiario o titular del derecho subjetivo social incondicionado; *b*) certeza en el contenido: se desprenden claramente las obligaciones de hacer/no hacer del derecho subjetivo exigibles al sujeto pasivo (Estado o particulares); *d*) sujeto obligado (identificado o determinable): Sujeto obligado a cumplir los contenidos del derecho social incondicionado.

De lo cual se desprende, necesariamente, su carácter vinculante u obligatorio, su eficacia jurídica.

Cuando la naturaleza (contenido) del derecho social incondicionado se desprenda directamente la Constitución o de la institucionalidad conformada para su ejercicio-eficacia, ya sea como mandato constitucional o se derive del propio derecho constitucional, entonces, los procesos constitucionales de la libertad se constituyen en los medios procesales idóneos para tutelarlos, ejercerlos o garantizar su eficacia jurídica y concretizar su goce fáctico, frente a las vulneraciones o amenazas de vulneración del derecho social incondicionado.

A los derechos sociales incondicionados no se aplica la denominación o categorización de derechos de configuración legal o derechos programáticos (*supra* § 5.6.). Los derechos sociales incondicionados, en principio vinculan directamente desde la Constitución, *vg.* los derechos sociales abstencionistas (*supra* § 6.6.1.). De otro lado, los derechos sociales incondicionados, como su propio nombre lo indica, no están

⁴³⁷ STCPE N° 01417-2005-PA/TC, Lima, Manuel Anicama Hernández, de fecha 8 de julio de 2005, FJs. 23-27, <<http://www.tc.gob.pe>>. (La cursiva es nuestra).

sujetos a ningún tipo de condicionamiento, es decir, cuenta con el *como* y el *cuando*⁴³⁸, tienen la institucionalidad (infraestructura jurídica, presupuestaria y material, etc.) que sustentan su eficacia, que avalan (financian) la prestación en todo caso. Aquí no hay nada que configurar y nada que programar.

Los derechos sociales incondicionados, se manifiestan o protegen, como los demás derechos constitucionales, ya sea de libertad, políticos, civiles. Para ellos, no hay mayor problema de tutela en sede constitucional de los que presentan los demás derechos constitucionales de la libertad, civiles o políticos, como son la titularidad y la existencia de un acto lesivo (*supra* § 6.5.). Por lo que, no hay mayores obstáculos que se opongan para que, vía los procesos constitucionales de la libertad, se les otorgue una tutela eficaz o se resguarde su eficacia jurídica.

Lo señalado cobra mayor fuerza, por ejemplo, si observamos la uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, donde los derechos sociales incondicionados como el derecho de libertad de trabajo, acceso a pensión, seguridad social, educación, cultura, no sólo se declaran procedentes las demandas en un proceso constitucional de la libertad, cuya pretensión es tutelar estos derechos, sino, son declaradas fundadas las demandas, emitiendo un pronunciamiento sobre el fondo, sobre la afectación directa del derecho constitucional social incondicionado invocado, otorgando de esta forma tutela jurisdiccional constitucional a estos derechos sociales incondicionados, como manifestación de su eficacia jurídica en sede constitucional (*infra* § 7.1.-7.5.).

Si los derechos sociales incondicionados serían derechos de configuración legal, es decir si estarían supeditados a la actividad del legislador o a un desarrollo legislativo del Estado; en *primer* término, estos derechos no serían admitidos y no procedería su tutela jurisdiccional ante la interposición de los procesos constitucionales de la libertad; y en *segundo* lugar, estos procesos constitucionales no serían mecanismo idóneos y/o eficaces para tutelar los derechos sociales incondicionados, ya que faltaría un presupuesto o condición de procedencia: la liquidez del derecho invocado o, que es lo mismo, la existencia de un derecho constitucional, y de la mano con ello un titular del derecho subjetivo invocado. Por cuanto, el derecho no contaría con los elementos *a)* subjetivo: titular, obligado, y *b)* objetivo: obligación. Por cuanto estos elementos

⁴³⁸ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales, op. cit.*, pág. 195.

estarían por ser precisados o desarrollados por el legislador o en último término por la actividad normativa Estado.

Pero se puede evidenciar, de la uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y de la existente en el Derecho Comparado⁴³⁹, que los derechos sociales incondicionados son garantizados jurisdiccionalmente en sede constitucional vía los procesos constitucionales de la libertad o jurisdicción constitución de la libertad⁴⁴⁰.

De otro lado, el hecho de que vía legislativa o legal se haya configurado, desarrollado, precisado o creado la institucionalidad para la eficacia de los derechos sociales, no hace que estos derechos sociales sean derechos de rango legal o tengan una naturaleza *infra* constitucional. Recuérdese que la institucionalidad es un mandato directo de la Constitución o un ámbito de manifestación o concretización del derecho constitucional social. Por lo que, la denominación de derecho de configuración legal, se podría tal vez aplicar, con las claras salvedades del caso, a los derechos sociales que aún no cuentan con la institucionalidad necesaria para tornarse eficaces (a los que denominamos derechos sociales prestacionales condicionados), y que requieren de la intervención del legislador o de la actividad normativa del Estado para que se implemente su institucionalidad y se otorguen las prestaciones que reconocen.

Pero, una vez implementada la institucionalidad, dejan de ser derechos de configuración legal, es decir, ya no están supeditados a una configuración legislativa o *infra* constitucional, y desprenden sus efectos normativos como cualquier derecho constitucional. Para nosotros, la denominación de derecho de configuración legal solo se aplicaría, y es un supuesto, a aquellos derechos que aun no cuentan con el desarrollo normativo (instauración de su institucionalidad). Porque una vez configurados, dejan de ser derechos que requieren o necesitan de una configuración legal (intervención de la actividad normativa del Estado), para ser derechos configurados normativamente, ya no requiere de la actividad normativa del Estado, sino, en todo caso de la función jurisdiccional. Y es en este sentido, donde se indica que tal vez se pueden denominar a los derechos sociales de contenido prestacional condicionado derechos de configuración legal, ya que el juez puede también contribuir con dicha institucionalidad, requiriendo a

⁴³⁹ Cfr. AA.VV.: *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, op. cit., págs. 95-285.

⁴⁴⁰ Cfr. Landa Arroyo, César: *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2010, págs. 171-228.

los órganos competentes del Estado a que cumplan con las funciones asignas o señaladas en la Constitución, y en mayor medida, si de esas funciones depende la vigencia de un derecho constitucional.

6.6.4. TUTELA DEL CONTENIDO PRESTACIONAL CONDICIONADO

Se pretende precisar, en el presente apartado, en que medida el factor económico (disponibilidad financiera) es determinante para hacer vigente un derecho social. Como factor económico se puede entender, al presupuesto de la Nación, al gasto público, o a las finanzas que conforman el arca pública.

Lo que en principio se quiere dejar en claro es si para la vigencia de un derecho social, y entiéndase vigencia como goce o ejercicio fáctico, se requiere, además de los elementos que estipula el orden jurídico como requisitos legales, la dación de una prestación, suma o monto económico determinado (gasto público). Es decir, si con el otorgamiento de dicho monto pecuniario ya se torna eficaz o se hace vigente el derecho social invocado. Para lo cual, resulta necesario desentrañar, despojar, separar, seleccionar aquellos elementos o condiciones que además del económico, monetario o dinerario, resultan indispensables para la vigencia de un derecho social prestacional.

Lo que se indica, es que comúnmente por condicionamiento económico se entiende a la existencia de una partida presupuestaria y financiera que sustente el otorgamiento de una prestación estatal, o la dación de un monto monetario determinado; es decir, se plantea el problema de la eficacia en términos de dinero, de cantidades monetarias, de problemas cuantitativos, y no, tanto en término cualitativos.

Lo cualitativo significará, por lo contrario, aceptar que para el otorgamiento de las prestaciones, y en esta dirección para la vigencia de los derechos sociales, se requiere de cierta organización jurídica, de una decisión política fundamental, de implementar mecanismos o vías adecuadas que otorguen dichas prestaciones, una institución jurídica encargada de velar por el ejercicio del derecho invocado, responsable de las pretensiones. Lo cualitativo implica la institucionalidad jurídica y fáctica que sustente, administre y otorgue las pretensiones requeridas.

El condicionamiento económico, entendido como la posibilidad de otorgar prestaciones económicas (desde una perspectiva cualitativa), se presenta en la última etapa del sistema de protección. En tal sentido, la prestación monetaria, constituye la

manifestación o concretización final de la vigencia de los derechos sociales en un sentido determinado (monetario), cuando se requiera de esta para su concreción en la realidad.

De lo señalado, se puede concluir preliminarmente que el término condicionamiento económico de los derechos sociales, referido a la tutela, en tanto y en cuanto hace referencia al otorgamiento de cantidades o sumas dinerarias (prestaciones), se refiere a la última etapa o proceso de protección de los derechos fundamentales, dentro de ellos los derechos sociales, que un sistema constitucional ha establecido.

Así, antes de hablar de problemas cuantitativos de eficacia de los derechos sociales, nos enfrentamos en primer lugar al problema cualitativo de protección. Es decir, a la institucionalización y organización que requieren los derechos sociales para su eficacia jurídica, de establecer jurídica y fácticamente una redistribución de los recursos existentes (prioridades sociales, sectores económicamente de bajos recursos económicos, vulnerables socialmente, igualdad material, intervencionismo estatal, fines del Estado, etc.) para crear las condiciones adecuadas para su ejercicio.

La eficacia de los derechos sociales, que se ha planteado por un sector de la doctrina en términos cuantitativos, tiene que variar, y tener una solución en términos cualitativos, solución cualitativa que se constituye en el postulado de la solución cuantitativa, para una vez solucionado cualitativamente el problema de los derechos sociales (institucionalidad) se llegará a la solución cuantitativa, es decir, a otorgar prestaciones monetarias o económicas.

Como se indicó, los términos cualitativos implican una reorganización, reinterpretación o creación de una institucionalidad y organización jurídico-política, de la redistribución de los recursos económicos, con los avances de la tecnología. La sociedad en general será beneficiada con estos servicios públicos, o nueva infraestructura jurídica, que no son otra cosa que funciones de la misma sociedad, de sus integrantes.

El gran problema del bienestar económico o financiabilidad de los derechos sociales, a primera vista, sería un imposible de realizar, en tanto desde una visión horizontal o lineal, efectivamente el Estado se quedaría sin recursos, si otorgara todo los recursos que tiene a sus ciudadanos. Pero que pasa, si primero, antes que esta sola prestación de recursos, se organiza de forma distinta, de tal manera que la emisión de

los mismos, vaya de la mano con una adecuada organización y creación y recepción de los mismos, y luego, esta emisión regresa nuevamente al Estado, ya sea a través del pago de impuestos o cargas tributarias, cerrando de este modo el ciclo de redistribución y financiamiento de la redistribución.

Hay que tener cuidado en señalar, que si bien se podría alegar, entonces en los términos expuestos, hasta que se logre una reorganización o forma distinta de administrar los recursos existentes, los derechos sociales, siempre tendrán sobre ellos la marca de ineficaces o programáticos. Nada de ello, si bien la solución cualitativa puede darse a partir de un cambio reorganizacional o reinterpretativo de la sociedad, de su organización político-jurídica, esta misma reorganización puede hacerse dentro del mismo sistema político-jurídico, y es hacia el cual apostamos y proponemos. Sólo basta la regulación legislativa para establecer determinados mecanismos, modos de organizar el presupuesto del Estado, o simplemente reinterpretar los ya existentes, o la actuación de las propias entidades del Estado.

De lo cual, se puede arribar a lo siguiente, en lo que se refiere a la eficacia de los derechos sociales, como requisito de su eficacia se ha planteado la disponibilidad financiera, este término tiene que ser entendido en dos sentidos: uno cualitativo y otro cuantitativo. Los mismos tienen que ir de forma conjunta con la doble manifestación de los derechos sociales: contenido abstencionista y contenidos prestacional. O también teniendo en cuenta su doble naturaleza: incondicionados y condicionados.

El problema del financiamiento o condicionamiento económico de los derechos sociales únicamente podrá ser atribuido al contenido prestacional, o naturaleza condicionada, como se viene sosteniendo. Ya que el contenido abstencionista y el incondicionado de los derechos sociales no depende o está relacionado en modo alguno a factores o de disponibilidad económica⁴⁴¹ (*supra* § 6.6.1.) (o solución cualitativa).

Ahora, en lo que respecta del contenido prestacional, este a su vez se subdivide también en dos partes: un contenido condicionado y otro en un contenido incondicionado. La disponibilidad o viabilidad financiera solamente será exigido al contenido condicionado. Ya que el contenido incondicionado no estará sujeto a algún

⁴⁴¹ Por ejemplo, no trabajar más de 8 horas, no negar vacaciones ordinarias, vacaciones por maternidad, no privar del salario, no emitir legislación que restrinja la seguridad social, la salud, la educación u otra normatividad que establezca discriminación sin fundamento razonable, etc.

factor económico, presupuestal o institucional, porque ya goza de esa institucionalidad tanto fáctica como jurídica para su ejercicio⁴⁴² (*supra* § 6.6.1.).

En cambio, los derechos prestacionales condicionados, reconocidos como derechos constitucionales en la Constitución, y como tales tienen el rango y la naturaleza de constitucionales, advierten un problema referido a la eficacia fáctica (*supra* § 4.4.), más no a su obligatoriedad o vinculatoriedad. Los derechos sociales tanto incondicionados como condicionados, son derechos constitucionales vinculantes y obligatorios (gozan de plena eficacia jurídica). La diferencia entre ellos radica solamente en el grado de su eficacia fáctica, los derechos incondicionados resultan ser eficaces frente al Estado como frente a los particulares. En cambio, el grado o ámbito de eficacia de los derechos condicionados se dirige al legislador, al Ejecutivo o a los órganos del Estado cuando tenga potestades legislativas derivadas de la Constitución.

Los derechos sociales de contenido incondicionado podrán ser exigidos por sus titulares mediante prestaciones de hacer, no hacer, al Estado o particulares, para que estos cumplan una obligación derivada del derecho social de hacer o no hacer. En cambio, en los derechos prestacionales condicionados, los titulares exigirán la creación o el establecimiento de los supuestos de hecho o de que se regule o cree la institucionalidad fáctica y jurídica para su ejercicio al sujeto pasivo, que será el Legislador o el Ejecutivo, a fin de que legisle el *como* y el *cuando*⁴⁴³ del derecho social condicionado, es decir, emita la ley respectiva que defina y delimite el objeto de prestación, el sujeto obligado y los beneficiarios.

Analizado así, el derecho social al puesto de trabajo, el derecho a una vivienda, el derecho a un seguro de desempleo o de una renta básica, como pretensiones de hacer dirigidas al sujeto pasivo por parte del sujeto activo (titular del derecho constitucional), que implican la necesaria erogación económica o monetaria; se traduce desde esta óptica, desde el enfoque cualitativo, como la implementación de su institucionalidad fáctica y jurídica. El mito de la prestación económica se desvanece, desaparece. Ya que lo que se requiere para el ejercicio o eficacia de estos derechos no es el otorgamiento de dinero o de una prestación pecuniaria, sino crear la institucionalidad para hacer efectiva

⁴⁴² Derecho a una retribución suficiente por el trabajo efectivamente realizado, el derecho al descanso, el derecho a la asistencia familiar de los padres de familia, el derecho de los hijos a la educación, libertad de elegir trabajo, libertad de sindicalización, etc.

⁴⁴³ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 196.

la prestación solicitada, como fase previa para su realización o eficacia jurídica en el plano de la realidad (eficacia fáctica). Y una vez establecida su institucionalidad fáctica y normativa, estos derechos se desenvolverán como los derechos sociales incondicionados, sin mayores problemas sobre su eficacia jurídica normativa.

Los derechos sociales prestacionales condicionados, son eficaces secuencialmente. *Primero*, se tiene que crear su institucionalidad (condiciones de hecho y normatividad) que es realizado por el legislador por mandato de la Constitución, o en su defecto por el Ejecutivo. Y una vez estatuida la institucionalidad (organización, normatividad, infraestructura, etc.) se pasa a la *segunda* secuencia, que es la protección directa de la pretensión del sujeto activo, en su beneficio o de su beneficiario, al sujeto pasivo, es decir que se le otorgue un puesto de trabajo, una casa, seguro de desempleo, renta básica, etc.

Al respecto, *¿A esta eficacia en «secuencia» de los derechos sociales condicionados se la puede catalogar de eficacia diferida, de ser derechos de configuración legal, o derechos contenidos en disposiciones programáticas?*

Creemos que la respuesta es negativa. Tanto las disposiciones constitucionales de configuración legal, como las normas programáticas dependen de la discrecionalidad del legislador, el mismo que no se encuentra vinculado de forma directa e inmediata a regularlas. No tienen una eficacia jurídica inmediata. En cambio, las disposiciones constitucionales de derechos sociales prestacionales condicionales son vinculantes de forma directa e inmediata al legislador, el legislador se encuentra vinculado a desarrollarlas, únicamente mantiene su discrecionalidad en el *como*; ya que el *cuando* es precisado por el órgano jurisdiccional, es decir la configuración de la institucionalidad se realiza ante el requerimiento de la jurisdicción constitucional u ordinaria, y dependiendo de ello, si se mantiene la renuencia, también podrá decidir sobre el *como*⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ Y esto se ha viabilizado en el tipo de sentencias que pueden emitir los órganos especializados del control de la constitucionalidad de las leyes, en nuestro país el Tribunal Constitucional peruano, siguiendo a la doctrina, ha postulado una serie de tipos de sentencias. Al respecto *vid.* STCPe N° 004-2004-CC/TC, Lima, Poder Judicial, de fecha 31 de diciembre de 2004, FJ. 3 y STCPe 0030-2005-PI/TC, Lima, más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República, de fecha 2 de febrero de 2006, FJs. 50-61, <<http://www.tc.gob.pe>>. En este mismo sentido, vía proceso constitucional de la libertad también se puede controlar las omisiones constitucionales, *vid.* EXP. N.º 05427-2009-PC/TC, Lima, Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), de fecha 30 de junio de 2010, FJs. 10-22, <<http://www.tc.gob.pe>>.

El contenido prestacional condicionado de los derechos sociales, referido a la carencia de la institucionalidad fáctica (infraestructura) y normativa (regulación legislativa o reglamentaria) no está referida a la eficacia jurídica de estos derechos, sino, solo está referido al sujeto pasivo que está vinculado u obligado por el derecho social, es decir, al destinatario de la norma de derecho constitucional. Como se podrá apreciar de las disposiciones constitucionales que regulan los derechos sociales condicionados y las normas derivadas de estas disposiciones se llega a la conclusión que en todas ellas la eficacia jurídica del contenido prestacional condicionado no podrá ser dirigido, en principio, a la totalidad de los poderes públicos, sino solo a uno(s) de ellos: el Legislativo y el Ejecutivo, como tampoco a los particulares. Ya que justamente carecen de la institucionalidad para hacer efectiva las prestaciones concretas, como si lo tienen los derechos incondicionados.

Los derechos sociales condicionados se constituyen en principio como posiciones de derecho fundamental frente a estos poderes del Estado: Legislativo y Ejecutivo. Más no frente a los particulares o el Poder Judicial. Esta característica de los derechos sociales condicionados como posiciones de derechos fundamentales (constitucionales) frente al legislador y al Ejecutivo, rompe con la categorización de ser estimados como derechos programáticos o de configuración legal.

Los derechos programáticos o de configuración legal, son disposiciones constitucionales que regulan derechos que prescriben una obligación de hacer o no hacer, pero estas obligaciones, no son vinculantes de forma directa al legislador; es decir, si el legislador no legisla o regula esta disposición constitucional, dicha omisión no es pasible de ser judicializada, no es posible de ser impugnada o cuestionada ante los órganos jurisdiccionales, en particular, ante la magistratura constitucional. Porque estas competencias del legislador están dentro del marco de actuación discrecional que le ha reconocido la Constitución, es decir, no solo el *como* y el *cuando* están sujetos al actuar del legislador, sino que el mismo no se encuentra vinculado de forma directa e inmediata por dicha disposición, la cual puede o no regular. Queda en la decisión del legislador y según el juego democrático de los partidos políticos, desarrolle y reglamente dichos contenidos o disposiciones constitucionales, hasta queda la posibilidad de que nos los desarrolle o regule según estime oportuno. Estas son las disposiciones y las normas programáticas, de configuración o legal o de principio.

¿Qué sucede con los derechos sociales prestacionales condicionados reconocidos por la Constitución? Si bien, en principio, el legislador es el que tiene que decidir el *como* y el *cuando* para su «implementación»; sin embargo, ante la ausencia de ellos, procede impugnar ante los órganos jurisdiccionales su omisión. Como se indicó, los derechos sociales prestacionales condicionados establecen posiciones de derechos fundamentales (constitucionales) frente al Legislador y al Ejecutivo. Establecen obligaciones concretas, específicas, líquidas a estos poderes del Estado. Y esas obligaciones concretas no son otras que institucionalizar fáctica (infraestructura) y jurídica (normatividad) estos derechos sociales. Para lo cual, el legislativo dentro del juego político en que se desenvuelve, únicamente dispone de el *como*; en cambio el *cuando*, estará determinado por el plazo que otorgue el órgano jurisdiccional, de la institucionalización, que en nuestro caso nos superará al presupuesto anual (*infra* § 9.1.3.). En pleno cumplimiento del principio de progresividad.

Sobre el mandato constitucional de optimizar los principios constitucionales teniendo en cuenta las posibilidades fácticas, se ha postulado que los derechos sociales están condicionados al factor económico o a la existencia de una partida presupuestaria que permita su financiamiento, como si se tratara de un proyecto de inversión de capital o de negocios. Al respecto, hay que precisar que esta afirmación no es objetable, en todo caso, a los derechos sociales en general, en principio, y luego veremos que tampoco lo es a los derechos sociales prestacionales condicionados.

Los derechos sociales de contenido negativo, en todo caso, los incondicionados (*supra* § 6.6.1.), no requieren de una disponibilidad financiera, condicionamiento o viabilidad económica. Entonces esta aseveración y categorización no es cierta. Ahora, en lo que respecta a los derechos sociales prestacionales condicionados, no es una característica esencial que se les puede atribuir, así como tampoco dependen directamente del bienestar económico. Veamos.

a) Contenido

Los derechos sociales prestacionales condicionados, como su propia denominación indica, están *vinculados* a una condición. Entonces, lo que se tiene que determinar es la condición a la que están *vinculados*. Ante esta situación, sólo se puede responder de forma categórica que los derechos sociales prestacionales condicionados

únicamente están *ligados a la institucionalidad fáctica y jurídica* que les servirá de marco de concretización. La primera exigencia que derivan los derechos sociales prestacionales condicionados es la institucionalización de sus contenidos jurídicos. El condicionamiento (prestacional) de los derechos sociales no está supeditado a la viabilidad o factibilidad económica. Este atributo solo tiene cabida en la fase que se está creando o estableciendo dicha institucionalidad, es un elemento más a tener en cuenta, pero no el único o el definitivo. Y por ende, es un elemento a tener en cuenta por el legislador en el seno del Parlamento y dentro del juego político de los partidos políticos, o en su defecto del Gobierno.

Pero si el Parlamento no crea o establece la institucionalidad respectiva. Es en esta fase donde se manifiesta el carácter vinculante y prescriptivo de los derechos sociales prestacionales condicionados, donde se manifiesta su verdadera naturaleza de derecho fundamental, vinculante y obligatorio jurídicamente. Si el legislador no establece su institucionalidad, el derecho social condicionado es pasible de ser tutelado jurisdiccionalmente, sin tener en cuenta los mecanismos políticos y sociales⁴⁴⁵ –en donde no entraremos por no ser objeto del presente trabajo– para que realice la institucionalidad requerida, expresándose como una posición de derecho fundamental:

- a) tiene como titular del derecho a un grupo de ciudadanos o uno en particular,
- b) como exigencia (derecho) la obligación de implementar o crear su institucionalidad; y,
- c) como sujeto obligado al Parlamento, o de ser el caso, al Ejecutivo, u órganos del Estado.

Características que afianzan su naturaleza vinculante o eficacia jurídica⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Sobre las garantías políticas y sociales de los derechos sociales, *vid.* Chávez Rabanal, Mario G.: “Contenido constitucional del derecho fundamental a pensión”, *op. cit.*, págs. 33-36 y 40-43, respectivamente.

⁴⁴⁶ Al respecto hay que diferenciar con lo física y jurídicamente imposible. El derecho de acción, como derecho público subjetivo consiste en garantizar a la persona la potestad de acudir y solicitar a los órganos jurisdiccionales del Estado para que se pronuncie y resuelva las pretensiones contenidas en la demanda. Este derecho de acción, como derecho público, que no solo es de un individuo, sino de la colectividad, y subjetivo que procura la satisfacción de intereses, puede contener pretensiones imposibles jurídicas como físicamente. Ahora lo imposible físicamente viene dado por las leyes de la física o de la naturaleza, y lo imposible jurídico viene a estar definido por lo que no tiene respaldo normativo, es ajeno al mundo del Derecho.

Cuando se ha sostenido que los derechos sociales son derechos que no tienen eficacia jurídica, no se hace referencia a que estos derechos contengan pretensiones física o jurídicamente imposibles.

En este estadio, se puede presentar la siguiente cuestión. ¿Qué sucede si se alega, ya no ahora de forma directa, sino para la creación de la institucionalización, la falta o carencia de recursos económicos? Y el que alega dicho condicionamiento económico es el Parlamento, el propio Estado. Es decir, el Parlamento, o la entidad responsable del Estado, el sujeto obligado, no crea o implementa dicha institucionalidad basándose en la falta de presupuesto, en la carencia de recursos económicos o bajo riesgo de poner en peligro la estabilidad económica o financiera de la nación. ¿Nos preguntamos? En este estadio el condicionamiento es atribuible al derecho social, es decir, manifestado lo mismo en términos procesales, el derecho social tiene que probar que cuenta con los recursos necesarios para tornarse eficaz, es decir al derecho social le corresponde garantizar y acreditar la viabilidad financiera o presupuestal. O por el contrario, es un deber del Parlamento, del ente estatal, como poder constituido, de generar, conseguir o implementar dichos recursos e institucionalidad requerida por el derecho social condicionado, de respetar y obedecer la voluntad del constituyente.

El que tiene que cumplir con el deber impuesto por la exigencia contenida en el derecho social, es el sujeto obligado, y en nuestro caso hemos visto, que en principio, el sujeto obligado es el Parlamento, y en un segundo grado el Ejecutivo. Entonces, los que tienen que acreditar la falta o carencia de recursos para institucionalizar el contenido de los derechos sociales son estos poderes del Estado, y no él o los titulares del derecho. Y como todo mandato constitucional de optimización, corresponde ser realizado por los órganos a quienes se les ha otorgado esta competencia, están en la obligación de cumplirla, y de no existir razones fundadas o razonables para hacerlo, corresponde, justamente, requerirlos mediante los procesos jurisdiccionales para que acrediten si hay razones para no implementar la institucionalidad exigida por el derecho social, o si existe proporcionalidad en el tiempo transcurrido y la omisión acaecida. Con lo cual, se

Jurídicamente son posible las prestaciones porque éstas tienen un origen normativo, particularmente, es una disposición normativa la que reconoce la pretensión como contenido de un derecho social, y este derecho por lo general tiene una fuente constitucional (expreso o implícito) o en todo caso como derecho humano reconocido a nivel internacional en un Tratado de Derechos Humanos. Al estar regulado jurídicamente, son adoptados por el sistema jurídico como un elemento de este. Los derechos sociales prestacionales, y las prestaciones que contienen, son reconocidos y regulados por el ordenamiento jurídico.

Cuando hablamos de prestaciones y estos requieren de una infraestructura para su concretización no significa que no puedan ser realizados, no existe leyes de la naturaleza o de la física que lo impidan, sino que solamente requieren de su institucionalización.

manifiesta nuevamente la eficacia jurídica de los derechos sociales prestacionales condicionados.

b) Mecanismos procesales

Los derechos sociales prestacionales condicionados, no dependen directamente del condicionamiento económico, sino, como primera etapa es una acción directa del Legislador y del Ejecutivo, una competencia estatal. Si estos por fundamentos o causas no justificadas, no establecen la institucionalidad para su eficacia, entonces, opera el carácter normativo o la eficacia jurídica de los derechos económicos sociales, y en particular, de los derechos prestacionales condicionados, haciéndose de obligatorio cumplimiento al legislador y al Ejecutivo de crear dicha institucionalidad. Si nuevamente el legislador y el Ejecutivo se reafirman en su carácter de falta de disponibilidad económica o factibilidad financiera, pero no acredita dicha carencia, o simplemente no han hecho nada para conseguir el presupuesto requerido, el órgano jurisdiccional (Tribunal Constitucional o Poder Judicial) dispondrá lo necesario para la implementación de dicha institucionalidad, el mismo que puede operar en dos ámbitos:

a) En la jurisdiccional constitucional orgánica: inconstitucionalidad por omisión ante el Tribunal Constitucional e ilegalidad por omisión ante el Poder Judicial, en los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular, respectivamente. Y de otro lado,

b) En la jurisdicción constitucional de la libertad: disponiendo la tutela o ejercicio del derecho en función de una institucionalidad existente o preexistente, es decir, se ejerza o se torne eficaz el derecho social prestacional condicionado como si se tratara de un derecho social incondicionado en razón de la institucionalidad de la cual goza el derecho incondicionado. Lo que significa, que se utilice la institucionalidad de un derecho social incondicionado para proteger un derecho prestacional condicionado que no goza de institucionalidad. A lo cual hemos denominado la sustitución de otorgamiento de prestaciones (*infra* § 8.8.).

Así, por ejemplo, si el Estado señala que no puede crear y dar un puesto de trabajo a un ciudadano determinado (que es uno de los clásicos derechos prestacionales condicionados) puede incluirlo en los programas de fomento de empleo que el Estado

desarrolle a través del Ministerio de Trabajo⁴⁴⁷ o que tengan a cargo los gobiernos locales o regionales, o contratarlo en un programa social determinado que esté implementando, según su especialidad. ¿Y si el Estado se niega? Se puede requerir jurisdiccionalmente para que se determine si efectivamente no se cumple con los requisitos establecidos por la legislación correspondiente para acceder a un puesto de trabajo transitorio o en las políticas públicas de empleo.

Del mismo modo, si bien en la actualidad al Estado no se le puede demandar para que entregue u otorgue una vivienda a un ciudadano (la vivienda es otro derecho clásico de derecho social prestacional condicional), esto no lo exime de que implemente programas de vivienda para personas de bajos recursos o que atraviesan una grave necesidad. Una vez establecida esta normatividad, como existe en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁴⁸, estas personas bien pueden participar de dichos programas, y en su caso, de exigir jurisdiccionalmente su cumplimiento, incluirlos en dichos programas.

En la actualidad, aunque de forma mínima, todos los derechos sociales cuentan con un margen y mínimo de institucionalidad, sólo que esa institucionalidad en unos casos es muy precaria para tornar eficazmente el derecho social prestacional condicionado, pero se cuentan con mínimos y con otras institucionalidades que bien pueden ser aplicables hasta que se tenga una propia. En tal sentido, el argumento de falta de presupuesto o factibilidad económica, se debe más a una excusa para no tornarlos eficaz, que a la propia naturaleza de los derechos sociales, en particular de los derechos sociales prestacionales condicionados, como un sector de la doctrina y la jurisprudencia señalan (*supra* § 5.6.1.).

El argumento del condicionamiento económico, es, entonces, el argumento para sostener que los derechos sociales son derechos de configuración legal o programáticos, en tanto, estos derechos dependerían del bienestar económico del Estado, como si se tratara de derechos que tienen que financiarse como cualquier empresa u obra. Es claro de donde viene este argumento, de los defensores del librecambismo.

⁴⁴⁷ En nuestro ordenamiento son varios los tipos de fomento de empleo que se ha implementado en los diversos gobiernos, pe. tenemos PAID, a trabajar urbano, programa juntos, jóvenes a la obra, Perú responsable, trabaja Perú y vamos Perú, *vid.* <<http://www.mintra.gob.pe/>>.

⁴⁴⁸ Techo propio, vivienda digna, entre otros, a cargo del Ministerio de Vivienda, *vid.* <<http://www.mivivienda.com.pe/PortalWEB/usuario-busca-viviendas/pagina.aspx?idpage=30>>.

6.7. EFICACIA INMEDIATA Y DIRECTA DE LOS DERECHOS SOCIALES

El ámbito normativo, la fuente constitucional y positivización de los derechos sociales, nos dan la respuesta a la existencia de la naturaleza jurídica y de obligatorio cumplimiento en el ordenamiento jurídico de estos derechos. Al mismo tiempo, su vigencia y eficacia dentro del mismo. El reconocimiento de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico peruano, de un lado, se explica a partir de su incorporación taxativa en el texto constitucional y en las leyes (*supra* § 5.8.). La determinación del ámbito de aplicación, sujetos favorecidos y obligados, como los contenidos o esferas de atribuciones que otorga, tiene necesariamente a tomar como punto de partida el texto o tenor literal de la Constitución o del Derecho Internacional, según el caso. Pero, en modo alguno, significa que el tenor literal o textual de los derechos sociales determine su naturaleza, por el contrario, como se acaba de indicar, constituye su punto de partida, el de inicio.

La naturaleza de los derechos sociales, económicos y culturales, entonces, no viene a estar constituida únicamente por las características de ser un derecho público-privado subjetivo positivo. Sino, a este punto de partida, hay que completarlo⁴⁴⁹ con una perspectiva que obedezca a sus fines y naturaleza (razón de existir) dentro del ordenamiento jurídico, pero en particular con el principio rector de dignidad humana, manifestada en el ámbito de los derechos sociales como calidad de vida.

La naturaleza jurídica de los derechos sociales debe de ser tomada en consideración a partir del ser derecho humano, del mandato constitucional y axiológico de la dignidad como realización y garantía de la calidad de vida. Los derechos sociales, no solamente pueden ser considerados como derechos positivos y que, atendiendo a las propias normas jurídicas, estando o no establecidas taxativamente en la Constitución, son regulados como derechos programáticos de eficacia diferida. Sino, al reconocimiento normativo, y a las disposiciones legales y constitucionales que avalan su eficacia diferida, se tiene que contrastar o valorar conjuntamente con la dignidad,

⁴⁴⁹ Desde el principio de progresividad y protección internacional de los derechos humanos, *vid.* Rossi, Julieta: "Mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, en AA.VV.: *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, V. Abramovich, M.J. Añón y Ch. Courtis, (Compiladores), Distribuciones Fontana, SA., México, D.F., 2006, págs. 341-383 y AA.VV.: *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores), UNAM, México, D.F., 2011, 464 págs.

expresada como calidad de vida. Las normas constitucionales y legales que señalan o establecen la eficacia diferida de los derechos sociales (como por ejemplo lo hace la undécima disposición final y transitoria de la Constitución peruana), no pueden interpretarse de forma definitiva taxativa y literalmente; sino, dichas cláusulas están establecidas, como medidas extraordinarias y excepcionales ante la falta o carencia de un presupuesto o factibilidad económica u otra condición, pero que en modo alguno pueden ser estimadas como límites u obstáculos para la eficacia jurídica de los derechos sociales.

La eficacia jurídica de los derechos sociales y su eficacia en el plano de la realidad (*supra* § 4.4.), es decir su vinculación directa en el orden de las normas y en los hechos, se desprende de la naturaleza de los derechos sociales como ser manifestación de derechos inherentes de la persona humana, es decir, su vinculación directa en el plano normativo y fáctico se deriva de ser los derechos sociales derechos humanos y de existir en una comunidad política (*supra* § 4.7.). Como se sabe, los derechos humanos son vinculantes y oponibles al Estado, la sociedad y los particulares de forma directa e inmediata. Pero, dado que estos derechos se van a ejercer dentro del Estado, estos se han de realizar teniendo en cuenta su institucionalidad. Y como tal, para hacer prevalecer estos derechos, se dispuso como medidas extraordinarias que su eficacia jurídica esté supeditada hasta que se cuente con las condiciones institucionales para su ejercicio.

El nacimiento o reconocimiento de los derechos sociales, puede justificar la existencia de este tipo de disposiciones (normas programáticas, eficacia diferida, heteroaplicativas, etc.), pero en la actualidad este atributo o caracterización se ha invertido. Y se ha invertido, en la medida que la consideración de los derechos sociales como derechos de eficacia diferida podrá ser alegado sino se cuenta con la institucionalidad para tornarlos inmediatamente eficaces. Pero, si existe la institucionalidad o condiciones, como se da en la mayoría de los derechos sociales⁴⁵⁰, su eficacia directa es una regla y no una excepción. Una vez que se cuente con dicha institucionalidad no procede invocar la naturaleza diferida. Es por esta razón, que la eficacia jurídica de los derechos sociales, o bien está dirigida: a) establecer las condiciones institucionales para su ejercicio, o una vez que se cuente con la presencia

⁴⁵⁰ Piénsese en la seguridad social, en fomento del empleo, en los programas de construcción de vivienda, en la educación, en los programas y servicios de salud, etc.

de estos, *b*) requerir su ejercicio, goce o efectividad. Pero en modo alguno, carecerá de eficacia jurídica.

6.8. TIPOS DE EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La eficacia jurídica de los derechos sociales comprende dos ámbitos bien definidos. El *primero* es el relacionado a su ejercicio, goce, protección o tutela como derecho subjetivo. El *segundo* está relacionado a las condiciones o requisitos que requieren para gozar o tornar eficaces los derechos sociales como derechos subjetivos. Este segundo aspecto, está vinculado a las condiciones institucionales y legales que requieren o necesitan para hacer efectivo un derecho social subjetivo.

De tal modo, la eficacia jurídica se puede manifestar en los derechos sociales en dos ámbitos: *a*) como protección de los derechos subjetivos de los titulares, cuando se trata de derechos incondicionados; y de otro lado, *b*) para la protección de la institucionalidad de los derechos sociales, cuando se trata de derechos prestacionales condicionados.

6.8.1. EFICACIA SUBJETIVA

El *primer* ámbito de manifestación de derechos sociales se presenta cuando el derecho social, por ejemplo, es un derecho líquido e incondicionado. En estos casos, los derechos sociales se manifiestan como los demás derechos fundamentales (civiles, políticos, difusos, etc.). Los derechos sociales que se encuentran en este ámbito son los denominados derechos sociales de contenido negativo (*supra* § 5.5.2.) y los derechos sociales de contenido incondicionado (*supra* § 6.6.1.). Estos derechos sociales son vinculantes de forma directa, ante su vulneración procede de forma directa su tutela jurisdiccional, son exigibles inmediatamente al Estado, el mismo que tiene que otorgarle una tutela jurisdiccional satisfactoria.

En suma, estos derechos tienen eficacia jurídica directa. Y cuando están reconocidos en la norma constitucional o en tratados sobre derechos humanos, o aun cuando no estándolos, pero que nacen de la dignidad de la persona humana o del Estado social y democrático de derecho, son pasibles de ser tutelados por los recursos sencillos, rápidos y eficaces que existen en el ordenamiento jurídico, que en nuestro caso pueden

ser los procesos constitucionales regulados en el Artículo 200 de la Constitución (*supra* § 6.5.).

En el caso de los derechos sociales de contenido incondicionado, en principio, se aplican los mecanismos de tutela jurisdiccional reconocidos por el ordenamiento jurídico para tutelar cualquier derecho subjetivo (*supra* § 6.5.). A estos mecanismos procesales generales hay que delimitarlos en función del derecho sustantivo (derecho social) a aplicar. Si bien, los derechos sociales tienen un rango no solo constitucional, sino también son estimados como derechos humanos (*supra* § 5.3.2.a), los mecanismos procesales que se establezcan o existan en el ordenamiento jurídico, tienen que partir de tener en cuenta su condición de derechos humanos que propugnan por garantizar una calidad de vida en la persona.

A partir de esta premisa, se ha de optar por reconocer y utilizar un mecanismo procesal de tutela determinada (para proteger el derecho). Atendiendo a la naturaleza de los derechos sociales, estos se garantizan ya sea por los procesos judiciales ordinarios⁴⁵¹ o por los procesos constitucionales reconocidos en el Artículo 200 de la Constitución, en particular por el Proceso de Amparo. Dada la configuración de este proceso constitucional, dentro del marco de los mecanismos de tutela urgente de los derechos, existe un límite que es referido a la inexistencia de una etapa probatoria que sirva para acreditar la lesión producida o acto lesivo. Esto siempre y cuando se parta de la premisa de la preexistencia del derecho social que se pretende restablecer.

Pero, en los casos que se requiera previamente del reconocimiento u otorgamiento del derecho social, estos procesos constitucionales no serán las vías adecuadas. Lo que hace necesario acudir a los procesos ordinarios para su reconocimiento o titularidad y posterior eficacia. Pero claro está, no se acude a cualquier proceso ordinario, sino aquel que garantice de forma adecuada el derecho social. Pensemos por ejemplo de los procesos ordinarios que existen en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁵², así un proceso de conocimiento regulado en el Código

⁴⁵¹ En nuestro ordenamiento serán de forma especial el Proceso Laboral, regulado en el la Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 29497 y en el Proceso Contencioso Administrativo, regulado en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584.

⁴⁵² Los procesos contenciosos que existen en el Código Procesal Civil son el Proceso de Conocimiento (Artículo 475 al 485), el Proceso Abreviado (Artículo 486 al 545), el Proceso Sumarísimo (Artículo 546 al 607), el Proceso Cautelar (Artículo 608 al 687) y el Proceso de Ejecución (Artículo 688 al 739).

Procesal Civil⁴⁵³ no sería una vía especial, idónea e igualmente satisfactoria, en tanto los plazos y las etapas que se aplican, distan mucho de la rapidez y sencillez en que se deben de tutelar los derechos constitucionales.

Hay que tener presente además, que los procesos judiciales ordinarios a utilizar como vías especiales e igualmente satisfactorias, están bajo el mismo parámetro rector: garantizar la calidad de vida. La configuración de los procesos ordinarios que tengan por objeto el reconocimiento o la determinación de la titularidad de un derecho social, debe tener en cuenta la finalidad que persiguen, como primer presupuesto. Las etapas procedimentales han de estar configuradas para alcanzar dicho fin, y los medios probatorios a actuar también estarán en función de acreditar la titularidad del derecho o reconocerlo.

Y como medida, una vez reconocido el derecho, el juez de la causa (que conoció en primera instancia la demanda) será el juez de ejecución del derecho reconocido o de la titularidad otorgada, sin que sea necesario iniciar un nuevo proceso de ejecución de resolución judicial o de Proceso de Amparo. El juez de ejecución iniciará su competencia ante la sola solicitud, del ahora beneficiado, de ejercer su “nuevo” derecho. Un vez que se cuente con sentencia con la calidad de cosa juzgada y firme, emitida por la Sala Superior jerárquica, o por la Corte Suprema en caso de mediar Recurso de Casación⁴⁵⁴.

El proceso judicial ordinario se diferencia de los procesos constitucionales, como el Proceso de Amparo por ejemplo, en que cuenta y existe una etapa probatoria, en lo demás, el procedimiento tiene que ser el mismo que el regulado en el Código Procesal Constitucional (Artículo 53). Porque sería un proceso «constitucional» destinado a tutelar-acreditar un derecho social que está reconocido o regulado en la Constitución. Entonces será «Proceso Constitucional» por la tutela directa e inmediata

⁴⁵³ Entre algunas de las características más notables del Proceso de Conocimiento tenemos que el juez actuará teniendo en cuenta la naturaleza o complejidad de la pretensión (Artículo 475) y los plazos son los más amplios que existen (Artículo 478).

⁴⁵⁴ En la actualidad, ambas partes procesales, demandante y demandado, tiene el derecho de interponer Recurso de Casación. En cambio, en lo que respecta a los derechos sociales, nosotros proponemos que el Recurso de Casación sea interpuesta únicamente por el demandante. Si bien la configuración procesal a la cual hacemos mención, en la actualidad, no existe en nuestro ordenamiento jurídico (solo permitir al demandante interponer Recurso de Casación), la misma se plantea como una propuesta de la presente tesis, la misma que se indicará con mayor precisión en la parte final sobre Recomendación.

que otorga a un derecho constitucional, pero en los términos nominales expuestos por el Artículo 200 de la Constitución, no tendrá dicha denominación y/o naturaleza.

En lo demás, cuando se trate de un derecho constitucional social y cuente con la institucionalidad para tornarlo eficaz, será tutelado por el Proceso de Amparo o por aquel proceso sencillo, rápido y eficaz señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵⁵, obteniendo una sentencia final que garantice su pleno ejercicio, reponiendo su goce al momento anterior de la restricción o vulneración de su eficacia. O en su defecto por el Proceso Contencioso Administrativo o el Proceso Laboral, en los términos expuestos por el Tribunal Constitucional peruano⁴⁵⁶.

6.8.2. EFICACIA OBJETIVA-INSTITUCIONAL

En relación al *segundo* ámbito o manifestación de eficacia de los derechos sociales se presenta en los denominados derechos sociales de contenido prestacional condicionado, o simplemente derechos condicionados (*supra* § 6.6.2.) donde se requiere de determinada institucionalidad, como normas legales, leyes de desarrollo o reglamentos, infraestructura inmobiliaria, partidas financieras, para tornar eficaz el derecho social. La eficacia de estos derechos sociales no consistirá en hacerlos ejercitables o de goce inmediato, sino que antes, la eficacia, estará dirigida a implementar la institucionalización requerida, para luego, una vez contando con las condiciones o implementada la institucionalidad, proceder a tornarlos eficaces, como si se tratarán de derechos sociales incondicionados (eficacia subjetiva) (*supra* § 6.8.1.).

El segundo ámbito de eficacia de los derechos sociales está dirigido, en una inicial etapa a crear las condiciones adecuadas para, una vez instaurada la institucionalidad, tornar eficaz de forma directa el derecho social, como si se tratara del primer ámbito (*supra* § 6.6.1.). Los derechos sociales prestacionales condicionados, en el contexto actual, son muy pocos o en todo caso limitados. Ya que tan solo algunos derechos como *p.e.* acceso a una vivienda, reajuste salarial y pensionario, seguro de

⁴⁵⁵ Opinión Consultiva OC-8/87, de fecha 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8, párrs. 25 y 29; y, Opinión Consultiva OC-9/87, de fecha 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9, párr. 24, *vid.* <<http://www.corteidh.or.cr>>.

⁴⁵⁶ STCPe N° 0206-2005-PA/TC, Huaura, César Antonio Baylón Flores, de fecha 28 de noviembre de 2005, FJ. 7-25 y STCPe N° 1417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anicama Hernández, de fecha 8 de julio de 2005, FJ. 37, <<http://www.tc.gob.pe>>.

desempleo universal, pensión sin aportes, derecho al puesto de trabajo⁴⁵⁷, renta básica o ingreso ciudadano, son algunos de los más evidentes.

La eficacia jurídica para implementar la institucionalidad está dirigida, en primer lugar, a los órganos constitucionales como el Parlamento y el Ejecutivo para instaurar las condiciones, instituciones, normatividad, infraestructura, presupuesto, etc., y, en su defecto a los otros órganos e instituciones del Estado, que tengan como función o rol desempeñar o prestar servicios de los cuáles dependa el goce o ejercicio de los derechos prestacionales sociales.

Teniendo en cuenta las características de los derechos subjetivos –vinculación jurídica absoluta y eficacia fáctica relativa– (*supra* § 4.6.) los derechos sociales, también tienen estas características como derechos subjetivos: propiedades, cualidades, facultades, posiciones, poderes ante el Estado, la sociedad e individuo. Pero, tal vez, en los derechos sociales se evidencia en mayor medida la diferenciación de norma-realidad. Los derechos sociales, los que son derechos prestacionales condicionados, no solo requieren de su reconocimiento jurídico para ser ejercidos o gozados, sino, requieren de determinadas actuaciones en la realidad.

Los derechos sociales, como derechos subjetivos, ya por ser reconocidos por el ordenamiento jurídico o por ser basados en éste, tienen plena vida dentro del mundo jurídico, y como tal su eficacia implica actuaciones, en primer lugar sobre el campo jurídico, y en segundo término sobre la realidad, pero cuando en la realidad requieran algo más que su sola estipulación jurídica (positivización, regulación, creación, reconocimiento, etc.) es donde se hará necesario o requerirá actuar sobre el ámbito jurídico para implementar o remover las condiciones o circunstancias de la realidad que no permiten su eficacia o goce fáctico.

Entonces, cuando la realidad no permita o garantice el ejercicio fáctico del derecho social, la eficacia jurídica del derecho subjetivo social requerirá nuevamente al derecho objetivo, pero ahora, para implementar, imponer las condiciones o requisitos necesarios para hacer eficaz en la realidad el derecho subjetivo social, es decir tornarlo fácticamente eficaz en la realidad (*supra* § 4.4.).

⁴⁵⁷ El derecho a un puesto de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico tiene una protección absoluta en el caso de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, dado que los egresados de las Escuelas castrenses son colocados inmediatamente en las dependencias militares o policiales, con las condicionales laborales respectivas.

De ahí que, la eficacia fáctica, goce, ejercicio o disfrute de un derecho social, procede a partir de la actuación o requerimiento jurídico de la eficacia jurídica del derecho subjetivo social, a partir del cual se requiere para que se implemente las condiciones o se remueva los obstáculos que impiden la eficacia fáctica.

En tanto, el reconocimiento jurídico de un derecho social, y como tal derecho subjetivo social, tiene que plasmarse y concretizarse fácticamente en la realidad, tiene que permitir el goce de los contenidos del derecho subjetivo social, de lo contrario, como se les ha criticado vivamente, los derechos sociales no serían otra cosa que meros deseos del constituyente, aspiraciones bonitas y buenas intenciones⁴⁵⁸, y no propiamente derechos.

El derecho social subjetivo, no sólo ha de tener vida en el mundo jurídico, y ser eficaz jurídicamente⁴⁵⁹, sino que también ha de tener la potestad ya sea para crear las condiciones o ya para remover los obstáculos que impiden su eficacia fáctica, alcanzado su pleno ejercicio y goce por parte del titular del derecho subjetivo social de todos su contenidos. Y esto, es una manifestación del cambio de tipo de Estado legal abstencionista a un Estado constitucional que efectiviza sus disposiciones constitucionales.

Lo programático o lo diferido, o la ineficacia jurídica, se basa en este elemento exterior que requiere su implementación o remoción, los ámbitos o contenidos de los derechos subjetivos que se estipulan como programas a largo plazo o de configuración legal o remisión legislativa o heteroaplicativos o normas principio, no hacen referencia sino a este ámbito o campo externo de la realidad, donde se tiene que efectivizar o concretizar el derecho subjetivo social.

El derecho subjetivo social, cuando es de contenido prestacional condicionado, requiere de ciertos requisitos o contexto para efectivizarse, expandirse, realizarse. Estas condiciones son las que se tienen que instaurar a partir de la eficacia jurídica objetiva-institucional del derecho subjetivo social, pero no para desenvolverse en el mundo

⁴⁵⁸ Los derechos sociales como no derechos subjetivos y contenidos en disposiciones programáticas o proyectos políticos.

⁴⁵⁹ De tal forma que se pueda alegar que se tiene el derecho o se es titular del mismo, y se pueda plantear una pretensión válidamente ante juez, pero que él mismo nos indique que efectivamente el ordenamiento le reconoce el derecho al titular (demandante), pero no puede ordenar el cumplimiento de las obligaciones que conforman su contenido, porque no existe presupuesto, infraestructura o ley que haya configurado y reglamentado su obediencia, así como precisado el sujeto obligado.

jurídico, sino para concretizarse en el plano fáctico, y lograr que la persona en el pleno ejercicio de sus derechos subjetivos sociales, los haga vinculantes no solo ante el Estado y sus órganos o instituciones, sino realice sus contenidos, mandatos, prerrogativas, «viva» el derecho.

En términos concretos, obtenga un trabajo, una atención médica, educación, pensión, aumento de pensión y salario, seguridad social, vivienda, seguro de desempleo, renta básica, entre otros, que si bien son regulados y reconocidos por el ordenamiento jurídico, se ejercen en la sociedad o comunidad, en el día a día, y estas actuaciones o prestaciones han de estar instauradas o implementadas por el Estado, sino, como se indicó líneas arriba, serán meras formulaciones vagas, formales teóricas, con intenciones nobles, como era la libertad y la autonomía individual en el Estado absolutista o en las sociedades esclavistas.

Si tomamos como ejemplo los llamados derechos de primera generación, lo que se ha hecho en ellos es justamente implementar sus condiciones o ámbitos en el mundo «extrajurídico», en la sociedad, para ser concretizados, vg. plazas públicas, carreteras, telecomunicaciones, Poder Judicial, Parlamento, Policía, Jurado Electoral, Registro de propiedad, etc., y lo mismo ha de pasar con estos derechos subjetivos sociales, de lo contrario la persona no hubiese tenido y tampoco tendría donde plasmar sus derechos civiles y políticos, ya que el mundo jurídico por sí solo no garantiza su respeto, sino la infraestructura o institucionalidad son los que garantizan y viabilizan su realización o goce.

Entonces, en los términos expuestos hasta ahora, la eficacia jurídica de los derechos sociales, en concreto del contenido prestacional condicionado, referido a la disponibilidad financiera o regulación normativa, si bien sostienen que estos derechos sociales son de «configuración legal» o ha de considerarlos como «derechos programáticos» o de «eficacia diferida»; hacen referencia al elemento condicionado o la relación que tiene el derecho social con el presupuesto de la nación, son tesis, sobre las que podemos concluir, que no los explican de forma completa o acabada.

Lo que señalan estas tesis sobre una situación, aspecto o detalle de los derechos sociales, que es su condicionamiento al presupuesto, o a una reglamentación, por ejemplo, de allí, de este condicionamiento, desprenden o concluyen erróneamente que estos derechos carecen de eficacia jurídica, lo cual es una inferencia incongruente.

Cuando lo apropiado, es señalar que existe un contenido relacionado a la viabilidad financiera del país, y este contenido (prestacional condicionado) hace que la eficacia jurídica de la cual goza, ya como derecho subjetivo o derecho objetivo sea ejercitable ante los órganos de gobierno responsables de realizar o cumplir dicho condicionamiento, como será crear la normatividad e institucionalidad requerida para su eficacia, como son presupuestar partidas económicas o habilitar el financiamiento que se requieran para otorgar pensiones, aumentar salarios, ampliar el ámbito de la educación, salud, hospitales, postas médicas, colegios, programas de nutrición, de vivienda, etc.

La prestación o cumplimiento de estos contenidos por supuesto requiere de presupuestos y de normatividad, es decir, de una institucionalidad (*supra* § 6.6.2.), pero lo condicionado solo está en este ámbito del derecho social, a su ejecución o cumplimiento fáctico, más no su vinculación jurídica, ya que si no tuviesen vinculación jurídica, simplemente no podría denominárselos como «derechos de configuración legal», «derechos programáticos», «derechos heteroaplicativos», o en otros términos, no se podría, a secas, catalogarlos de «derechos», porque el solo hecho de considerarlos derechos, conlleva necesariamente a reconocer su naturaleza jurídica, y como tal su vinculatoriedad y obligatoriedad.

Y es justamente, en base a esta naturaleza jurídica, que en los términos de las tesis comentadas, se va requerir de una actuación parlamentaria con la dación de una ley, cuando se les denomina «derechos de configuración legal», o de que a futuro se aprueben las normas para su cumplimiento, cuando se les denomina «derechos programáticos». Pero, se obvia o se prescinde, que justamente en base a esta eficacia jurídica, que es directa, se requiere al legislador o al ejecutivo para que «configure legalmente» al derecho social o programe o habilite la partida financiera. Y esta «configuración» o habilitación de la partida financiera no son otra cosa que lo que nosotros denominamos contenido prestacional condicionado, será prestacional, cuando se requiera de forma específica la habilitación presupuestaría o financiera.

Pero a diferencia de estas tesis, sostenemos, que los contenidos condicionados sí son requeribles jurisdiccionalmente, expresión de que gozan de plena eficacia jurídica (*supra* § 6.7.) y esta exigencia jurisdiccional puede ser entablada (iniciada), presentada ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción constitucional (*supra* § 6.8.). De ahí

que no se hable, entonces propiamente dicho, de derechos de configuración legal o programáticos, ya que estos, según las tesis señaladas, no son justiciables de forma directa, situación distinta a lo que sostenemos y demostramos con la jurisprudencia que se analiza y presente en el presente trabajo (*infra* § 8.2.- 8.4.).

De estas sentencias, se demuestra claramente que se puede requerir al legislador o al Ejecutivo para que «configure legalmente» un derecho social o para que habilite una partida presupuestaria. El juez requiere a los órganos del Estado a que cumplan con la instauración de la institucionalidad, y lo hace justamente en base a la eficacia jurídica del derecho social, sin que para su cumplimiento, la eficacia jurídica, tome en consideración o esté supeditada o dependa a la viabilidad financiera o disponibilidad económica.

La variable económica, no se presenta en el plano o ámbito jurídico, sino será un elemento a tener en cuenta por el legislador o por el Ejecutivo u órgano del Estado, al momento de institucionalizar el derecho y luego en detallar la cantidad o monto de la prestación a otorgar, o a la ampliación o ámbito del derecho, que en todo caso, en última instancia estará sujeta a control por el órgano jurisdiccional, quien finalmente determinará si se está ejecutando su sentencia en sus propios términos, o expresado de otro modo, si se está ejecutando o ejerciendo fácticamente el derecho social condicionado. De tal modo, como sucede con las otras causas, el juez mantendrá plena competencia hasta que se ejecute totalmente la sentencia.

Las tesis de los derechos sociales, como «derechos de configuración legal» o «derechos programáticos» se han limitado o restringido a señalar, que estos derechos, como requieren de ciertas actuaciones, no son derechos en sentido estricto⁴⁶⁰. Postura, que no es la más adecuada, ya que los derechos sociales tienen eficacia jurídica directa y

⁴⁶⁰ Entre las tesis que cuestionan la naturaleza jurídica de los derechos económicos sociales y culturales, tenemos a Piero Calamandrei, *vid.* Pace, Alessandro: "Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei", Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), núm. 63, enero-marzo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 55-61, de forma especial pág. 57; asimismo, lo sostenido por Kelsen sobre el derecho subjetivo como potestad otorgado por el derecho objetivo que se manifiesta en un recurso de queja, *vid.* Kelsen, Hans: *Teoría General de las Normas*, Trillas, 1994, México, D.F., págs. 142-143; en esta dirección también tenemos lo sostenido por Ferrajoli en relación las garantías secundarias, que son las que otorgan plena protección jurisdiccional a los derechos frente a los actos lesivos por acción u omisión, Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 917. Fundamentos que están vinculados a la interpretación de C. Schmitt sobre la dimensión social del *sozialer Rechtsstaat* propugnado en Weimar, a la que se la estimó como carente de significación concreta y sin carácter vinculante para el legislador del Reich, *vid.* González Merino, Beatriz: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *op. cit.*, pág. 35.

fáctica, en los términos de implementar su institucionalización sujeto a control, como cualquier otro derecho fundamental.

En suma, el contenido prestacional condicionado, únicamente requiere de una actuación adicional, como es la implementación de su institucionalidad, que por su propia expresión, antes de otorgar o exigir el cumplimiento de una obligación prestacional a favor de la persona, se tiene que implementarla. Pero en situaciones extraordinarias o de urgencia, se podrá otorgar una prestación, el mismo que estará bajo la decisión del juez de evaluar el caso concreto⁴⁶¹.

La jurisprudencia demuestra que a pesar de la alegada escases de recursos o de partidas presupuestarias para otorgar una tutela al derecho social, el juez ha declarado fundada la demanda y ordenado que la entidad emplazada cumpla con otorgar la prestación solicitada (pensión, salario, reajustes, atención médica), o que se habilite la partida económica en el presupuesto del sector o disten la normatividad necesaria para tutelar el derecho social⁴⁶².

De otro lado, los órganos jurisdiccionales, han requerido que se elabore o emita la norma solicitada para que se ejecute tal o cual programa social, del cual depende el ejercicio de un derecho social. De que se invoque al Parlamento para que adopte las medidas necesarias, emita una ley respetando los fundamentos de la sentencia donde se ha otorgado una tutela jurisdiccional a un derecho social (*infra* § 8.3.).

Demostrando, de esta manera que el juez, tiene plena competencia para implementar los contenidos condicionados de los derechos sociales, acreditándose una vea más, que los derechos sociales prestacionales condicionados cuentan y tienen plena eficacia jurídica directa, con lo que se demuestra o contrastamos nuestra hipótesis.

En este segundo aspecto, de derechos sociales prestacionales condicionados, se parte de una premisa distinta a la anterior. Distinta en el hecho de las condiciones necesarias para su ejercicio. Es decir, se cuenta, se goza, se es titular de un derecho social, pero no se tiene o «existe» las condiciones adecuadas para su ejercicio: falta de

⁴⁶¹ Piénsese por ejemplo en las personas discapacitadas que no dependen de nadie o no cuentan con los recursos económicos, que padecen una grave enfermedad, menores de edad en estado de abandono, o que sufrieron una catástrofe, tienen que ser pasibles de ser ayudados por programas sociales u otorgarles las prestaciones necesarias les garanticen una calidad de vida.

⁴⁶² STCPE N° 2002-2006-PC/TC, Lima, Pablo Miguel Fabián Martínez y otros, de fecha 12 de mayo del 2006, FJs. 59-61. <<http://www.tc.gob.pe>>. En esta sentencia el Tribunal Constitucional peruano exige al Estado (Ministerio de Salud) “implemente un sistema de emergencia para atender la salud de la personas contaminadas con plomo, en el caso de la ciudad de La Oroya, a efectos de lograr su inmediata recuperación”, FJ. 51.

presupuesto, de previsiones presupuestarias, posibilidades de la economía nacional, exijan nuevos o mayores gastos públicos, infraestructura, normatividad, etc. Entonces, los mecanismos procesales en este caso están dirigidos a garantizar, crear o establecer la institucionalidad que requieren estos derechos sociales para su eficacia material o ejercicio. Y como tal, la institucionalidad por lo general está vinculada a las competencias y funciones de los órganos del Estado, como el Legislativo y el Ejecutivo, sin excluir claro está a los otros órganos e instituciones del Estado, como Gobierno Regionales y locales. En este caso, el proceso que nos permite alcanzar la configuración de la institucionalidad requerida se hace mediante el Proceso de Inconstitucionalidad, pero en los términos de inconstitucionalidad por omisión (*supra* § 5.3.2.c), y lo mismo con el Proceso Competencial y de Acción Popular. Sin restringir el Amparo o excluir el Proceso de Cumplimiento, por el cual se exija el establecimiento de ciertas condiciones estipuladas en la ley o en una resolución administrativa de alcance general.

CAPÍTULO VII

LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES DE CONTENIDO PRESTACIONAL INCONDICIONADO

7.1. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO

7.1.1. LOS MECANISMOS PROCESALES DETERMINADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO PARA PROTEGER EL DERECHO AL TRABAJO

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución reconoce el derecho de trabajo en los artículos 22 a 29. Se le reconoce como un deber y un derecho y es la base del bienestar social y un medio de realización de la persona. El Estado tiene como objeto prioritario la *atención* del trabajo, es decir, aplique especial cuidado al trabajo⁴⁶³. Asimismo, el Estado aplica políticas de fomento de empleo productivo y de educación para el trabajo. El trabajador tiene derecho a una remuneración suficiente que le procure así como a su familia bienestar material y espiritual, entre otros mandatos constitucionales.

Antes de referirnos a los dos puntos antes señalados, es de precisar que la Constitución Política, en los Artículos 22° y 23°, reconoce el derecho fundamental al trabajo como deber y derecho, base del bienestar social y medio de realización de la

⁴⁶³ *Vid.* Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22^a. edición, Espasa Libros, S.L.U., Madrid, 2001, palabra: «atención»: 2. *interj. U.* para que se aplique especial cuidado a lo que se va a decir o hacer.

persona, y objeto de protección del Estado⁴⁶⁴. Asimismo, establece que el trabajo dignifica a la persona humana y es fuente de toda riqueza, contribuye con la plena realización de la personalidad del ser humano y de su familia, de tal manera que el trabajo se constituye como un derecho trascendental para la existencia de la persona así como para la vida de la comunidad, ya que el bienestar generado por el trabajador mediante el desempeño de sus capacidades físicas e intelectuales van a garantizar a la persona humana el sostenimiento de su propia existencia, la de su familia y de su comunidad y rompe con toda discriminación⁴⁶⁵; por ello, el Estado ha creado determinados mecanismos para proteger y defender al trabajador, ya sea para la obtención de un trabajo, para mantenerlo, para protegerlo de los riesgos que se produzcan en su realización, y después de la culminación o cesación del mismo, y ha establecido además las garantías judiciales, políticas y sociales del derecho al trabajo y del trabajador, cuando se vea vulnerado o amenazado.

El Tribunal Constitucional peruano, en sedas sentencias se ha pronunciado sobre el derecho al trabajo. Una de ellas es la sentencia de fecha 31 de enero de 2008, recaída en la STCPE N° 0069-2008-PA/TC, que se pronuncia sobre las demandas de amparo planteadas por los ex docentes de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (en adelante la Universidad), quienes alegaban que el acto de cese de su centro de trabajo, por haber cumplido la edad de 70 años, vulneraba sus derechos al trabajo, a la igualdad y a la tutela procesal efectiva.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de Amparo⁴⁶⁶ a partir de aplicar su jurisprudencia uniforme sobre el cobro de los beneficios sociales y sus efectos sobre el vínculo laboral. Sobre este tema el Tribunal Constitucional había establecido que el cobro de los beneficios sociales importa la extinción definitiva del vínculo laboral, entendiéndose también, como consentimiento o

⁴⁶⁴ Para una visión global del trabajo *vid.* Giarini, Orio y Liedtke, Patrick M.: *El dilema del empelo. El futuro del trabajo*. Informe al Club de Roma, Fundación Bilbao Bizkaia Kutxa, Bilbao, 1996, 282 págs.

⁴⁶⁵ Oficina Internacional del Trabajo: *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª. reunión, Informe I (B), Ginebra, 2007, 144 págs.

⁴⁶⁶ La demanda de Amparo había sido acumulada en las siguientes personas: Benjamín Boccio La Paz, Francisco Emilio Iriarte Brenner, Yolanda Cristina Cano Masías de Canales, Mario Fernel Hernández Hernández y Luis Humberto Romero Zavala

aceptación de la extinción del contrato de trabajo⁴⁶⁷. Y en el caso del demandante señor Luis Humberto Romero Zavala también declaró improcedente la demanda pero en función de aplicar el Precedente Vinculante recaído en la STCPe N° 0206-2005-PA/TC⁴⁶⁸, en el extremo que señala que el Proceso de Amparo será improcedente cuando se trate de hechos controvertidos, por lo que dispone que el recurrente deberá de adecuar su demanda al proceso laboral ordinario y tramitarla de conformidad a la Ley N° 26636, observándose los principios laborales que se han establecido en la jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el Tribunal ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales.

La presente sentencia tiene la particularidad, en tanto resuelve las demandas de amparo planteadas por ex docentes de una Universidad del país, en que resuelve el presente caso en función de aplicar: *a)* su uniforme jurisprudencia sobre la extinción del vínculo laboral para declarar procedente una demanda de amparo, y *b)* los criterios señalados en el precedente vinculante establecido en materia laboral por la sentencia recaída en el STCPe N° 0206-2005-PA/TC, de fecha 28 de noviembre de 2005.

Resulta relevante en el presente caso, analizar los mecanismos procesales que existen en nuestro ordenamiento constitucional y los que han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional, para proteger los derechos del trabajador, en especial a los dos fundamentos desarrollados por el Tribunal en la sentencia que comentamos para determinar la procedencia del Amparo.

Sobre el primer fundamento utilizado por el Tribunal Constitucional en la sentencia, éste ha establecido que “el cobró de los beneficios sociales, extingue definitivamente el vínculo laboral con la emplazada; por tanto, la demanda de Amparo resulta improcedente, toda vez que no es posible cumplir la finalidad del proceso constitucional, establecida en el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, esto es,

⁴⁶⁷ STCPe N° 0532-2001-AA/TC, Loreto, Rafael Augusto Ramírez Alzamora, de fecha 7 de noviembre de 2002, FJ. 3; STCPe N° 03304-2007-AA/TC, Lima, Rodolfo Colina Quispe, de fecha 25 de agosto de 2008, FJ. 5; STCPe N° 06198-2007-AA/TC, Santa, Luis Alberto Cruz García, de fecha 3 de setiembre de 2008, FJ. 6; y STCPe N° 05381-2006-AA/TC, La Libertad, Carlos Murga Vera, de fecha 15 de agosto de 2006, FJ. 3, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁶⁸ *Vid.* Precedente Constitucional Vinculante recaída en la STCPe N° 0206-2005-PA/TC, Huaura, César Antonio Baylón Flores, de fecha 28 de noviembre de 2005, FJ. 7-25, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de diciembre de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>.

reponer las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos constitucionales invocados”⁴⁶⁹.

De ahí que, se hizo criterio uniforme declarar improcedente las demandas de amparo en materia laboral para restituir el vínculo laboral, cuando se desprende de los actuados que el recurrente cobró los beneficios sociales consignados por el empleador, o como se presenta en el presente caso, cuando los beneficios sociales son consignados judicialmente y el trabajador no presenta oposición a los mismos en la vía laboral correspondiente. La explicación que se le ha otorgado a esta decisión jurisprudencial es que al cesar el vínculo laboral entre el trabajador y el empleador por la voluntad del empleador, el trabajador tiene dos opciones: *a)* o cuestiona la decisión del empleador y la impugna judicialmente, o *b)* requiere y cobra sus beneficios sociales. Así, el cobro de los beneficios sociales significaría o implícitamente conllevaría a tener por sentado que el trabajador está de acuerdo con la ruptura del vínculo laboral, reservándose así únicamente el derecho a impugnar judicialmente el pago de sus beneficios sociales en la cantidad correspondiente.

Sin embargo, en la actualidad, el Tribunal Constitucional peruano ha dejado a un lado este criterio jurisprudencial, y en un nuevo Precedente Constitucional Vinculante cambió de criterio y estableció que el cobro de los beneficios sociales no significa consentimiento o aprobación de la extinción del vínculo laboral.

De este modo, en el STCPe N° 03052-2009-PA/TC⁴⁷⁰, el Tribunal Constitucional peruano precisó:

- “ ...
3. Constitúyase Precedente Vinculante las reglas contenidas en el fundamento 37 de la presente sentencia:
 - a. El cobro de los beneficios sociales, compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas, utilidades u otro concepto remunerativo debido al trabajador no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.
 - b. El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.
 - c. El pago pendiente de la compensación por tiempo de servicios u otros conceptos remunerativos adeudados al trabajador debe efectuarse de modo independiente y diferenciado al pago de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin; el empleador deberá realizar dichos pagos en cuentas separadas o a través de consignaciones en procesos judiciales independientes.

⁴⁶⁹ STCPe N° 01217-2007-PA/TC, Lima, Percy Palomino Martínez, de fecha 8 de noviembre de 2007, FJ. 3, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁷⁰ STCPe N° 03052-2009-PA/TC, Callao, Yolanda Lara Garay, de fecha 14 de julio de 2010, <<http://www.tc.gob.pe>>.

Los efectos de estas reglas se aplican a los procesos que a la fecha de publicación en la página web de esta sentencia se encuentran en trámite, tanto en el Poder Judicial, como en el Tribunal Constitucional y a aquellos que se interpongan en adelante⁴⁷¹.

De ahí que, en adelante, la protección de los derechos laborales, no tienen como límite procesal el cobro de los beneficios sociales y conceptos laborales afines.

Por otro lado, sobre el segundo fundamento, el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia uniforme, ha delimitado los mecanismos procesales adecuados para proteger al trabajador de los diversos abusos u excesos que las más de las veces acomete el empleador. Así el Tribunal en la sentencia recaída en el STCPE N° 0206-2005-PA/TC, estableció como precedente vinculante los criterios procesales para tutelar el derecho al trabajo y la procedencia del Amparo para estos fines. Señaló que el Proceso de Amparo sólo procede, siguiendo los lineamientos establecidos en la STCPE N° 976-2004-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco⁴⁷², en⁴⁷³:

“[...] los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados”.

“[R]especto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado”⁴⁷⁴.

“[...] al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados”⁴⁷⁵. En esta línea se encontrarán, [D]el mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través

⁴⁷¹ STCPE N° 03052-2009-PA/TC, Callao, Yolanda Lara Garay, de fecha 14 de julio de 2010, Fallo 3er. pto., <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁷² STCPE N° 0206-2005-PA/TC, Huaura, César Antonio Baylón Flores, de fecha 28 de noviembre de 2005, FJ. 7, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁷³ La negrita y el subrayado son nuestros.

⁴⁷⁴ STCPE N° 0206-2005-PA/TC, Huaura, César Antonio Baylón Flores, de fecha 28 de noviembre de 2005, FJ. 8, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁷⁵ STCPE N° 0206-2005-PA/TC, Huaura, César Antonio Baylón Flores, de fecha 28 de noviembre de 2005, FJ. 9, <<http://www.tc.gob.pe>>.

del amparo[...]"⁴⁷⁶.

A criterio del Tribunal Constitucional y resumiendo lo señalado, el proceso de Amparo será procedente para tutelar el derecho al trabajo en la actividad privada, cuando se trata de despidos sin expresión de causa (incausados), fraudulentos y los despidos nulos.

Dentro de la protección preventiva del despido arbitrario⁴⁷⁷ desde una perspectiva sustantiva en el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°. 728, aprobado por Decreto Supremo N°. 003-97-TR, esta protección «preventiva» se materializa en el procedimiento previo al despido establecido en el artículo 31 de dicha ley –inspirado, a su vez, en el artículo 7 del Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo–, que prohíbe al empleador despedir al trabajador sin haberle imputado la causa justa de despido y otorgado un plazo no menor a seis (6) días naturales para que pueda defenderse de dichos cargos⁴⁷⁸.

Ahora, por la protección «reparadora» desde una perspectiva igualmente sustantiva del despido arbitrario, se ha señalado a la indemnización. “El artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador –vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995–, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el

⁴⁷⁶ STCPe N° 0206-2005-PA/TC, Huaura, César Antonio Baylón Flores, de fecha 28 de noviembre de 2005, FJ. 15, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁷⁷ Según este modo posible de desarrollo legislativo del artículo 27 de la Constitución, el contenido del derecho puede ser configurado por el legislador de modo tal que se "prevenga", "evite" o "impida" que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente. Es decir, que mediante ley se prevea que no se puede despedir arbitrariamente al trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida que ésta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso. Recibe la calificación de *preventiva* debido a que la protección adecuada que enuncia el artículo 27 de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario.

⁴⁷⁸ Al respecto el Tribunal, en la STCPe N° 0976-1996-AA/TC, Ica, Fernando Elías Napuri Calderón, de fecha 11 de diciembre de 1997, 6 párrf., <<http://www.tc.gob.pe>>., estableció que la omisión del procedimiento previo de defensa del trabajador vulnera el derecho constitucional al debido proceso, por lo que procede amparar el derecho lesionado ordenando la reposición del recurrente. En el mismo sentido se ha pronunciado en las sentencias recaídas en la STCPe N° 1112-98-AA/TC, Lima, César Antonio Cossío y otros, de fecha 21 de enero de 1999, FJ. 5-6; STCPe N° 0970-1996-AA/TC, Ica, Félix Virginio Salazar Reyes, de fecha 17 de julio de 1998, FJ. 4; STCPe 0795-1998-AA/TC, La Libertad, Miguel Ángel Sánchez Miranda, de fecha 6 de noviembre de 1998, FJs. 2-6; y STCPe 0150-2000-AA/TC, Tumbes, Larry Walter Gómez Sandoval y otros, de fecha 12 de julio de 2000, FJ 4-7, <<http://www.tc.gob.pe>>.

trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional”⁴⁷⁹.

Pero, estos mecanismos sustantivos de protección del despido arbitrario – preventivo y reparador– son compatibles; y además hay que agregar a estos unos mecanismos procesales de protección del despido arbitrario como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en la sentencia Llanos Huasco⁴⁸⁰, mecanismos procesales que no sólo se restringen al proceso laboral en el fuero ordinario con fines *resarcitorios*, sino más bien, a los procesos constitucionales como el Proceso de Amparo para proteger al trabajador del despido arbitrario con fines *restitutorios*, del tal manera que el Proceso de Amparo no termine como en el proceso laboral, la orden de pagar una indemnización. Se tendrá en estos casos que lo que se buscará será regresar al “*estado anterior al cual debe reponerse las cosas...*, es decir, *se buscará la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente*”⁴⁸¹.

De tal manera:

“[...]en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. Así ocurre, por ejemplo, con el despido discriminatorio, en el cual el despido es tan sólo el medio utilizado para practicar un acto discriminatorio en perjuicio de un trabajador a causa de su raza, color, sexo, idioma, religión, actividad sindical, opinión política o cualquier otra condición”⁴⁸².

En este sentido, “*en el caso del [proceso] de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presente en dicho despido*”⁴⁸³.

⁴⁷⁹ STCPE N° 0976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco, Huánuco, de fecha 13 de marzo del 2003, FJ. 12, párr. 8. <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁸⁰ STCPE N° 0976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco, Huánuco, de fecha 13 de marzo del 2003, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁸¹ STCPE N° 0976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco, Huánuco, de fecha 13 de marzo del 2003, FJ. 13, párr. 6, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁸² La negrita y el subrayado son nuestros.

⁴⁸³ STCPE N° 0976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco, Huánuco, de fecha 13 de marzo del 2003, FJ. 14, párr. 2, <<http://www.tc.gob.pe>>.

Entonces, a partir de lo señalado, una vez que se ha comprobado que el ordenamiento constitucional ofrece al trabajador la posibilidad de protegerlo del despido arbitrario, ya sea mediante el otorgamiento de un monto indemnizatorio o a través de la reposición en su centro de trabajo, veamos a continuación los requisitos que se necesitan para que proceda la reposición.

El Tribunal en la STCPE N° 976-2004-AA/TC señaló que los efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes⁴⁸⁴:

a) Despido nulo: aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2°; inciso 1) del artículo 26° e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución. Se produce el denominado despido nulo, cuando:

- Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.
- Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición).
- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.
- Se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).
- Se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (*Cfr.* Ley N.° 26626).
- Se despide al trabajador por razones de discapacidad (*Cfr.* Ley 27050).

b) Despido incausado: se produce el denominado despido incausado, cuando:

⁴⁸⁴ STCPE N° 0976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco, Huánuco, de fecha 13 de marzo del 2003, FJ. FJ. 15, <<http://www.tc.gob.pe>>.

- Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

c) **Despido fraudulento:** se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

- Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia del Tribunal (STCPe N.º 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (STCPe N.º 628-2001-AA/TC) o mediante la “fabricación de pruebas”.

Por ejemplo, en los casos que exista un contrato de trabajo, una relación laboral válida, y se despida al trabajador sin expresión de causa, corresponde que se reponga al trabajador en su puesto de trabajo o en uno similar, conforme lo señalado en la jurisprudencia citadas líneas arriba y en la STCPe 9197-2006-PA/TC y STCPe 9854-2006-PA/TC, que ha establecido:

“[...] habiéndose determinado que el demandante... ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que la demandada, al haber despedido al demandante mediante carta y sin haberle expresado alguna causa relacionada con su conducta o su desempeño laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues se le ha despedido arbitrariamente”⁴⁸⁵ y “que cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral solo podía sustentarse en una causa justa, establecida por la ley y debidamente comprobada; lo que no ha sucedido en el presente caso”⁴⁸⁶. De ahí

⁴⁸⁵ STCPe N.º 09197-2006-PA/TC, Cuzco, Iván Atao López, de fecha 6 de noviembre de 2007, FJ. 7, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁸⁶ STC 09854-2006-PA/TC, Lima, Maribel Aurora Apaza Yquira, de fecha 11 de enero de 2007, FJ. 5, <<http://www.tc.gob.pe>>.

que, señala el Tribunal en la STC 06462-2005-PA/TC, que “[...] habiéndose determinado que el recurrente tenía un contrato de duración indeterminada, no podía ser cesado ni despedido sino por causa justa, lo que no ha sucedido en su caso, puesto que su despido ha obedecido a una decisión unilateral y sin expresión de causa de la empleada, deviniendo, por tanto, en un despido arbitrario, vulneratorio de sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso”.⁴⁸⁷

En similar sentido, el Tribunal en la STCPe 05743-2006-PA/TC, ha establecido que:

“En cuanto al fondo de la controversia, debe tenerse presente que las labores desempeñadas por el demandante se encontraban reguladas por las normas del régimen laboral de la actividad privada, habiendo laborado de manera ininterrumpida desde el 23 de marzo de 2004 hasta el 22 de julio de 2004, sin contrato alguno, con un horario de trabajo de 8 horas, de lunes a domingo... Es decir, durante dicho período el demandante prestó sus servicios en forma subordinada a cambio de una remuneración, dando origen a un contrato de trabajo a plazo indeterminado, y no podía ser despedido sino por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

Sin embargo, en el caso de autos no existen elementos que permitan deducir que la decisión de extinguir la relación laboral se haya sustentado en alguna de las características mencionadas en el fundamento precedente, pues no se ha cumplido el procedimiento de despido establecido en los artículos 31 y 32 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR.

En el presente caso, la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, se encuentra afectada de nulidad –y, por consiguiente, el despido carece de efecto legal– al haberse producido con violación de los derechos fundamentales del demandante. En tales circunstancias, resulta evidente que, ante una modalidad de despido arbitrario como la descrita, procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos”.⁴⁸⁸

Asimismo, el Tribunal en la STCPe N.º 2371-2004-AA/TC, de fecha 16 de agosto de 2005, ha establecido que cuando la extinción del contrato de trabajo se funda en la sola voluntad del empleador corresponderá reponer al trabajador en el puesto de trabajo que venía desempeñándose o en uno similar, así el Tribunal Constitucional prescribió:

“Este Tribunal ya se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, se encuentra afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona. En tales circunstancias, resulta evidente que tras producirse una modalidad de despido arbitrario como la descrita, procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos. Para arribar a dicha conclusión ya se ha sostenido, y ahora se reitera, que la protección adecuada a que se refiere el artículo 27.º de la Constitución no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional por parte del legislador, que habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la

⁴⁸⁷ STCPe N.º 06462-2005-PA/TC, Arequipa, Juan Ismael Melo Díaz, de fecha 21 de agosto de 2007, FJ. 7, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁸⁸ STC 05743-2006-PA/TC, Sullana, Javier Roberto Zapata Valdiviezo, de fecha 21 de agosto de 2006, FJ. 3-5, <<http://www.tc.gob.pe>>.

indemnización. Si en los procesos ordinarios es posible concebir formulas de protección distintas a la estrictamente resarcitoria, con mayor razón puede ello predicarse en los procesos constitucionales, donde el propósito no es otro que la restauración de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, tal como lo establece el artículo 1.º de la Ley N.º 28237.

La lesión a los derechos constitucionales, por lo tanto, no se concreta con el sólo hecho de no haberse cumplido con la ley, por lo que esta, stricto sensu, representa, sino por haberse utilizado la figura del despido incausado, como un mecanismo de vulneración o distorsión de tales atributos esenciales.

En consecuencia, este Colegiado considera que la pretensión resulta amparable, pues en el caso de autos la extinción de la relación laboral se encuentra fundada –única y exclusivamente–, en la voluntad del empleador, lo que constituye... un acto arbitrario lesivo de los derechos fundamentales de la demandante, razón por la que el despido carece de efecto legal y es repulsivo al ordenamiento jurídico”⁴⁸⁹.

Finalmente, el Precedente Vinculante sobre la procedencia del Amparo en materia laboral, ha establecido que cuando se traten de hechos controvertidos o se requiere de una etapa probatoria donde se tenga que efectuar diligencias, corresponderá declarar improcedente la demanda de Amparo. Así, el Tribunal ha señalado:

“De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas STCPE N.º 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.

Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”⁴⁹⁰.

La protección de los derechos sociales que no conlleven controversias sobre la titularidad o preexistencia del derecho y del acto lesivo o vulnerador del derecho al

⁴⁸⁹ STC N.º 02371-2004-AA/TC, Tacna, Margiory Nancy Loayza Calderón, de fecha 16 de agosto de 2005, Fjs. 4, 5 y 10, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁹⁰ STCPE N.º 0206-2005-PA/TC, Huaura, César Antonio Baylón Flores, de fecha 28 de noviembre de 2005, Fjs. 19 y 20, <<http://www.tc.gob.pe>>.

trabajo, serán protegidos vía un Proceso Constitucional de Amparo, en los términos expuestos. Pero si existe controversia ya sea a nivel del titular del derecho constitucional o sobre la existencia del propio derecho constitucional, o a nivel del acto lesivo que tiene que acreditarse en una etapa especial, los mecanismo procesal de tutela será el Proceso Laboral ordinario, el mismo que en los términos de la reciente nueva Ley Procesal de Trabajo se pretende otorgar una tutela en un tiempo más breve y a través de un proceso más sencillo que el regulado en la legislación laboral anterior. Y por supuesto, hay que finalizar indicando que estos mecanismos procesales de tutela del derecho al trabajo se presentan en los casos de los derechos sociales de contenido incondicionado (*supra* § 6.6.3.), ya que se parte de la premisa de la preexistencia de un vínculo laboral que ha sido extinguido.

7.1.2. PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO Y LAS CAUSALES OBJETIVAS DE DESPIDO

En el presente apartado analizaremos los supuestos que se exigen para aplicar el despido por causas objetivas y los mecanismos por los cuales se puede proteger el derecho al trabajo. Así, para tal efecto, se analiza si dentro del ordenamiento constitucional se permite extinguir el vínculo laboral y despedir a un trabajador o grupo de trabajadores que tienen contratos de trabajo determinados o indeterminados por causas que se fundan por ejemplo en la novación subjetiva de un contrato laboral, como es la concesión o fusión de la empresa donde laboran, o por lo contrario, prevalece el principio de continuidad.

Ya se trate de trabajadores que tienen contratos de trabajo a plazo indeterminado, y en algunos casos sólo a plazo determinado, o pertenezcan al sector público o al régimen privado. Así, ante la posible novación subjetiva, en principio se tiene que los trabajadores se encuentran protegidos y gozan de todas las garantías para conservar y mantener sus puestos de trabajo como cualquier funcionario público, o como cualquier trabajador del régimen privado, en los mismos cargos, condiciones y beneficios, ya que en su caso, no se puede alegar la concurrencia de las condiciones o la presencia de las causas objetivas de la terminación colectiva de los contratos de trabajo:

- a)* El caso fortuito y la fuerza mayor;
- b)* Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos;
- c)* La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra;
- d)* La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845. O de las causas

subjetivas referidas *a)* a la capacidad y *b)* al comportamiento si estas no se presentan. Causas que no podrían justificar cualquier intento de despido colectivo o individual, salvo que exista la libre voluntad del trabajador de renunciar a su centro de trabajo.

Como se sabe, las causas subjetivas de despido suponen, en materia de extinción del vínculo laboral, que las circunstancias que motivan la resolución del contrato de trabajo dependan directamente de la sola voluntad de alguna de las partes, contrario *sensu*, una causa será objetiva si los sucesos o hechos que motivan la extinción del vínculo laboral, no dependen de la voluntad del empleador ni del trabajador. En otras palabras, si se invoca una causa objetiva para justificar un cese colectivo o individual, esta debe obedecer a circunstancias de hecho que se producen sobre la voluntad del empresario y en contra de ella, como un hecho sobrevenido, no previsto, ni buscado intencionalmente por aquel. Consecuentemente, cuando el artículo 46 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), señala que sólo las causas objetivas habilitan el cese colectivo de los trabajadores, está aludiendo a que el motivo que justifica dicho cese, necesariamente debe aparecer como no querido o buscado por el empleador, ya sea provenga del exterior o interior de la empresa⁴⁹¹.

Conforme a lo señalado, un posible despido colectivo o alguna restricción a los derechos de los trabajadores se presenta cuando concurre alguna de las causas objetivas del despido colectivo, será viable en cuanto se presenten dichas causales, pero en modo alguno en la novación subjetiva. En tanto, como se ha establecido claramente, la novación subjetiva es el acuerdo celebrado, acto jurídico deseado, entre el Estado, la empresa con otra empresa para administrar una determinada infraestructura y prestar un servicio o ampliar su actividad comercial o sustituirla. Vista así las cosas, en modo alguno se podría alegar que en el caso por ejemplo de la concesión se presenta alguna causa ajena a la voluntad del empleador que genera la supuesta crisis que motiva el despido colectivo o en todo caso la disminución o restricción de alguno de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Siendo en cambio, en el caso de la novación subjetiva una situación completamente contraria, ya que como se sabe la novación es un acto jurídico deseado

⁴⁹¹ Zavala Costa, Jaime, "El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo", en AA.VV.: *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, comité editor Carlos Blancas Bustamante, Guillermo Boza Pró y Fernando García Granara, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, pág. 246.

por el empleador actual, el Estado, el empresario, que incentiva y otorga ciertas facilidades para que, en el caso del Estado, la empresa privada (empleador nuevo) administre una infraestructura y preste un servicio que en su momento estuvo administrado por el Estado. En tal sentido, si se presenta algún cambio en el régimen y en las condiciones laborales de los trabajadores, es por la voluntad del empleador, más no concretamente por un hecho fortuito o de fuerza mayor o ajena a la voluntad del empleador como exige el Artículo 46 LPCL.

En tal sentido, a partir de tener en cuenta que en la novación subjetiva solo se va ceder la administración del mismo o el cambio del empleador, más no la actividad, no operando su enajenación o venta, y por otro lado, al ser los trabajadores, trabajadores del Estado, o de la empresa, en modo alguno se puede alegar que la empresa y el empleador se encuentran inmersos en alguna de las causales objetivas del despido, ya que como se sabe, si se trata del Estado, este voluntariamente estaría concediendo la administración por razones de «eficiencia» en el servicio, mas no porque el mismo se encuentre en alguna crisis económica o financiera. O si se trata de una empresa privada está ampliando su actividad.

En todo caso, en última *ratio*, ante la imposibilidad de mantener a los trabajadores en los cargos que venían desempeñando, ya sea por la negativa de la empresa concesionaria de respetar sus contratos de trabajo, procede, en el caso del Estado, el desplazamiento o su reubicación en otras plazas dentro del Estado, derecho que les asiste también como trabajadores del Estado y/o servidores públicos, respetando claro está sus cargos, niveles jerárquicos y remunerativos dentro de la estructura laboral del mismo. Y en el caso de empresas privadas, respetar sus contratos laborales, y solo en el caso que se trate de una reducción, y no hay otras plazas donde ubicarlos, como *ultima ratio*, la indemnización, más el reconocimiento de todos sus beneficios.

Al mantener los trabajadores un vínculo laboral por ejemplo con el Estado, éste no puede despedirlos alegando la concurrencia de las causas objetivas del despido o las causas subjetivas si estas no están referidas a la conducta o la capacidad de los trabajadores. De tal modo, el Estado está en la obligación de garantizar en el Contrato de novación subjetiva el respeto de los contratos laborales de la totalidad de los trabajadores y de todas aquellas empresas que se concesione; de lo contrario, se vulnera la Constitución y los derechos fundamentales de los trabajadores, lo cual posteriormente

generará la impugnación de dicho Contrato en sede judicial ordinaria y constitucional, en tanto contiene cláusulas violatorias de los derechos fundamentales de los trabajadores protegidos por la Constitución y por los Tratados sobre Derechos Humanos⁴⁹².

En relación al reconocimiento y respeto de los contratos de trabajo laboral después de producida la novación subjetiva es adecuado incluir una cláusula donde se disponga el irrestricto respeto y reconocimiento de los contratos laborales existentes, y adoptar medidas para proteger los derechos de los trabajadores como las condiciones

⁴⁹² Vale exponer como ejemplo las medidas adoptadas por los trabajadores de las empresas de transmisión de energía eléctrica Etecen y Etesur cuando fueron concesionadas. En este caso, en el contrato de concesión el concedente, el Estado, por la activa participación de los trabajadores fijó las condiciones de los trabajadores en el propio marco contractual y también a partir de la negociación colectiva llevada a cabo por los trabajadores con el fin de proteger sus derechos laborales.

Así, en el primer caso se optó por pactar en el Contrato de Concesión estipulaciones que garantizaran los derechos adquiridos de los trabajadores, que por efecto del otorgamiento de la buena *pro* de la licitación pública internacional, eran transferidos a la concesionaria en los términos y condiciones establecidos en el referido contrato. En el Contrato de Concesión se señalaba que las concesionarias debían contratar al personal de Etecen y Etesur con contrato vigente a la fecha de cierre –contratado a plazo fijo o por tiempo indeterminado– hasta por el término de un año, que incluía al personal de confianza y de dirección pero en el plazo de 120 días. Dichos contratos laborales sólo podían ser resueltos antes de los plazos señalados, siempre que hubiere mediado acuerdo entre las partes o por falta grave del trabajador, debidamente comprobada. Por otro lado, el contrato señalaba que la concesionaria estaba obligada a considerarles una remuneración no inferior a aquella señalada en los anexos del Contrato de Concesión, que comprendía no sólo los beneficios legales sino los convencionales. Asimismo, el Estado debía garantizar que no existan pasivos laborales a ser transferidos a la concesionaria. A su vez, el Contrato de Concesión estipulaba que en caso que las concesionarias no desearan renovar los contratos al término de 1 año o de 120 días para el caso del personal de dirección o confianza, estaban obligadas a abonar los beneficios legales devengados durante dicho periodo laboral más una indemnización equivalente a uno y medio sueldo por término unilateral de la relación laboral, salvo que el trabajador optara por retirarse en forma voluntaria⁴⁹².

En relación a la obligatoriedad de los convenios colectivos planteados por los trabajadores de las empresas eléctricas a la empresa concesionante, se estableció que los mismos eran de obligatorio cumplimiento por la empresa concesionaria, a partir de los siguientes principios y argumentos. Se partía de una regla clara y rotunda, a tenor de la cual, en caso de transmisión de empresa, los trabajadores transferidos conservarían la regulación sobre condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo de aplicación en el momento de la transmisión. En tal sentido, resultaba aplicable el principio de continuidad tal como lo establece el artículo 42 del Decreto ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas, según el cual la convención colectiva continúa su vigencia en caso de fusión, traspaso, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares.

Pero en el ejemplo señalado únicamente se prorrogó el plazo por un año los contratos de plazo determinado e indeterminado, lo cual significa dejar sin efecto y dar por concluido cualquier tipo de vínculo laboral con la empresa concesionaria y con el Estado. En tanto, los contratos deberían de ser respetados en sus términos, y con mayor razón los contratos a plazo indeterminado, ya que como tales son contratos sin fecha cierta de su conclusión. Así, en estos términos se lograría que a los trabajadores no se les despida colectivamente después de transcurrido el año señalado en el ejemplo.

laborales, reconocimiento de los beneficios sociales, de las remuneraciones, identificación del sujeto obligado a reconocer los beneficios sociales, etc.

Donde hay que poner mayor énfasis es en el reconocimiento de los contratos de trabajo. Se debe considerar que los contratos de plazo indeterminado de por sí están destinados, como su propio nombre lo indica, a durar indefinidamente. Ya que, el contrato de trabajo es un contrato de *tracto sucesivo*, es un vínculo de duración prolongada en el tiempo entre empleador y trabajador, el cual tiene resistencia en su duración, se presume del contrato de trabajo que existe una vocación entre las partes involucradas a conservar en el tiempo, por un periodo indefinido, comprometiéndose empleador y trabajador, de manera recíproca, a distintas prestaciones, siendo las principales que el trabajador ponga a disposición su desempeño personal y subordinado, a cambio de lo cual el empleador se comprometerá a otorgar periódicamente una retribución económica (remuneración)⁴⁹³.

Hay que tener además en cuenta que es jurídicamente ilegal e inconstitucional convertir un contrato de duración indeterminada en otro de duración determinada. Por este principio, se tiene que se prohíbe y queda proscrita la posibilidad de convertir un contrato de plazo indeterminado en uno determinado. Ya que esta conversión equivale a ponerle fin a un contrato que debía durar indefinidamente, y restringir indebidamente un derecho fundamental como el trabajo, contradiciendo abiertamente los principios consagrados en el Artículo 26 de la Constitución. En lugar de extinguir enseguida, como ocurre cuando se rescinde unilateralmente el contrato, se lo termina a tantos meses o años de plazo, o sea, cuando se acaba el periodo durante el cual dura el nuevo contrato o plazo. En este sentido, este trato se ha considerado como un pacto abusivo o fraudulento, entendido como el pacto novatorio por el que se pretende transformar en contrato de trabajo por tiempo cierto uno por tiempo indefinido⁴⁹⁴.

Sumando a los argumentos precedentes, y en función del principio de continuidad, por el cual el contrato de trabajo es, por así decirlo, un negocio jurídico de una extremada vitalidad, de una gran dureza y resistencia en su duración⁴⁹⁵, por el cual

⁴⁹³ Zavala Costa, Jaime, "El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo", *op. cit.*, págs. 241-242.

⁴⁹⁴ Pla Rodríguez, Américo: *Los principios del derecho del trabajo*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1998, págs. 230-231.

⁴⁹⁵ Olea, Alonso, citado por Pla Rodríguez, Américo: *Los principios del derecho del trabajo*, *op. cit.*, pág. 219.

se expresa la tendencia de atribuirle la mas larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos; se tiene que el contrato de trabajo tiene las siguientes proyecciones, las mismas que se deben de consignar o recoger en el momento de celebrar o elaborar una novación subjetiva. Así tenemos: 1) preferencia por los contratos de duración indefinidos, 2) facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se incurra, 3) resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal, 4) interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones y 5) prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador. Resumiendo este conjunto de proyecciones se tiene que la continuidad del trabajo se impone sobre el fraude, la variación, la infracción, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución⁴⁹⁶.

Sobre esta última proyección, cabe agregar que el *iter* fusionario no altera las relaciones contractuales que estén en vigencia mientras el contrato se consuma, porque el personal de las compañías que se novan es transferido a la sociedad nueva o a la incorporante, en su caso, la cual pasa a ser titular del «poder de dirección», por su nuevo rol empleador. Quedando así, vinculada a respetar los contratos de trabajo del personal que venía laborando en la empresa novada, que ahora pasarán a laborar en la nueva empresa.

Cuando ocurre una novación subjetiva en el contrato de trabajo, es decir cuando cambian no sólo las condiciones de trabajo, sino los protagonistas del contrato, como se presenta en el caso de la sucesión, la absorción, la concesión, etc., no se supone la terminación del contrato, por el contrario el mismo continua a pesar de la sustitución producida. Es de precisar que estas novaciones no pueden referirse al trabajador, ya que su posición es incanjeable por el carácter personalísimo de la prestación, sino que hacen referencia al empleador.

Esto se puede explicar a partir de los siguientes argumentos: En *primer lugar*, el contrato de trabajo no es personalísimo en cuanto al empresario, probablemente porque su prestación básica es de dar; y de dar generalmente un bien inespecífico; justamente lo contrario de lo que ocurre con el propio contrato contemplado desde el trabajador, cuya prestación básica es de hacer algo singularísimo como es empeñar su propio trabajo. En *segundo lugar*, que aunque el contrato de trabajo envuelva prestaciones personalizadas

⁴⁹⁶ Pla Rodríguez, Américo: *Los principios del derecho del trabajo, op. cit.*, pág. 223.

del empresario –las de hacer comprendidas con el deber de protección–, pese a ellas, la «dureza» y resistencia del contrato se impone, y de ahí resulta su continuidad y su conservación. Y *finalmente*, aparte de ello hay razones, quizás las esenciales en el fondo, de naturaleza metajurídica. Las empresas se crean para durar indefinidamente en el tiempo y han de ser inmunes a los cambios subjetivos de las personas que agrupan, incluidas la del empresario; ciertamente el cambio de un trabajador destruye el correspondiente contrato de trabajo, pero si se predicara lo mismo del cambio de empresario se destruiría el marco o ámbito de un conjunto de contratos de trabajo en que la empresa consiste y, con él, la empresa misma. El principio de continuidad en el empleo, sobre los que se basa la indefinición en el tiempo de numerosos contratos de trabajo, quedaría destruido si estuviera a merced de un cambio empresarial.

Si en el Contrato de novación subjetiva no se establece claramente que se reconoce, se respeta y se mantiene los contratos de trabajo de los trabajadores, y por lo contrario, se obvia o no se establece claramente que los mismos serán respetados, dicho contrato vulnera el derecho fundamental de los trabajadores al trabajo y los principios constitucionales de irrenunciabilidad de los derechos laborales y el principio de continuidad, ya que dicho Contrato sería inconstitucional e incompatible con el Ordenamiento Jurídico, pasible de ser impugnado en sede judicial. Asimismo, los trabajadores deben de hacer prevalecer y cumplir a la nueva empresa los acuerdos adoptados con la empresa anterior, con el fin de proteger sus derechos fundamentales.

7.1.3. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA TUTELA DEL DERECHO AL TRABAJO

El ordenamiento constitucional ha establecido la garantías adecuadas para proteger los derechos fundamentales de la persona, garantía que se extiende a todos los derechos, sean civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, o difusos. Para tales efectos, a nivel procesal, la Constitución ha establecido como mecanismos idóneos para defender a los derechos constitucionales los Procesos Constitucionales, los mismos que tienen como fines salvaguardar la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

Si bien, dentro del Estado social de Derecho los derechos sociales revisten una importancia relevante, en tanto van a permitir una democratización y distribución de los recursos, ingresos y beneficios de la sociedad, no es menos cierto también que los

mismos conllevan sustancialmente a una plena realización de la persona humana, de tal modo que su proyección está dirigida a desarrollar y lograr un mayor progreso de la sociedad, así como garantizar el libre desarrollo de la personalidad del ser humano. El trabajo reviste vital importancia, en tanto es mediante este, el ser humano va conseguir alcanzar sus metas y transformar su entorno natural y social para mejorar las condiciones de vida personal, familiar y social.

Al igual que los demás derechos fundamentales, el derecho al trabajo goza de justiciabilidad, para lo cual el ordenamiento constitucional establece los mecanismos procesales para su tutela. En sede constitucional el proceso por excelencia para tutelar es el Proceso de Amparo, y en sede ordinaria a través del Proceso Laboral y el Proceso Contencioso Administrativo. Estos mecanismos procesales son medios de tutela del derecho al trabajo, ya sea se aleguen la concurrencia de causas subjetivas u objetivas para extinguir el vínculo laboral.

Se ha demostrado que ante el consentimiento o aceptación de la extinción del vínculo laboral por parte del trabajador, no se podrá recurrir al Proceso de Amparo, por el contrario se tendrá que recurrir al Proceso Laboral Ordinario para determinar la debida cancelación de los beneficios sociales, según lo establecido por el Tribunal Constitucional. El Proceso de Amparo será idóneo para tutelar del derecho al trabajo cuando se hayan presentado despidos nulos, incausados y fraudulentos, supuestos en los cuales el trabajador puede solicitar la reposición en su centro de trabajo o en uno similar al que estaba desempeñando.

Por otro lado, en lo que concierne a las causas objetivas de extinción del vínculo laboral, se ha establecido, como requisito indispensable, que las causas sean ajenas plenamente a la voluntad de la partes, empleador y trabajador, que las mismas respondan a causas de fuerza mayor o hechos fortuitos. En caso contrario, de no presentarse estos requisitos en modo alguno se puede alegar la concurrencia de las mismas. Así, en la novación subjetiva como se ha indicado, no se puede sostener que concurra alguna causa objetiva para extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores, por cuanto ya sea el Estado o la empresa particular voluntariamente otorga o se fusiona, y la administración de la empresa pasa al sector privado o a otra empresa para que la administre, y como tal, el Estado debe prever y garantizar los derechos de los trabajadores que le son vinculantes.

Estos casos, hay que tener presente dentro de los principios laborales, al principio de continuidad, por el cual, los contratos de trabajo son celebrados para perdurar indefinidamente, aún más en el Estado, en tanto el Estado como entidad política-social no cesará nunca de desarrollar sus actividades o funciones, de tal modo que como empresa jamás dejará de prestar los servicios que brinda, o ejercer sus funciones de forma regular, en este sentido, los contratos de los trabajadores del sector público conservan sus efectos, ya sea en los mismos cargos o en otros que se estimen convenientes por causas de una novación. Bajo la condición de ser cuestionada la propia novación en sede constitucional, ante la vulneración de los derechos constitucionales de los trabajadores y para otorgarles una tutela urgente, o en sede ordinaria de ser una materia compleja.

7.2. EL DERECHO A PENSIÓN EN EL MARCO DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES. ANÁLISIS DE LA STCPe N° 2851-2006-PA/TC

7.2.1. DE LA SENTENCIA

El Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 16 de mayo de 2006, recaída en el STCPe N° 02851-2006-PA/TC⁴⁹⁷ (en adelante sentencia, STCPe N° 2851-2006-PA/TC), publicada en el diario oficial el peruano el día 3 de enero del presente 2007, resolvió la demanda de amparo interpuesta por Jacinto Antonio Espino Pisconte sobre actualización y nivelación de pensión de jubilación en un monto equivalente a tres remuneraciones mínimas vitales tal como lo estipula la Ley N.º 23908, con la indexación trimestral y otros, declarando para tal efecto el Tribunal Infundada la demanda.

La presente sentencia de por sí no trasciende en mayor medida de las otras sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre la nivelación e indexación trimestral de las pensiones conforme a lo establecido por la Ley 23908, si es que no se hubiese emitido en el presente caso el fundamento de voto del ex magistrado del Tribunal Constitucional Magdiel Gonzales Ojeda, por el cual, si bien comparte el sentido del fallo, no comparte las razones por las cuales se llega a declarar Infundada la demanda planteada, señalando para tal fin que se aparta del Precedente Vinculante

⁴⁹⁷ STCPe N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>.

establecido en la STCPe N° 1417-2005-PA/TC⁴⁹⁸ (en adelante caso Anicama) como fundamento jurídico válido para declarar improcedentes o infundadas las demandas de amparo que tengan como petitorio la tutela del derecho fundamental a pensión.

Efectivamente, en la STCPe N° 2851-2006-PA/TC el Tribunal resuelve declarar Infundada la demanda en atención a los fundamentos que se basan en lo establecido en el fundamento 37 de la STCPe N° 1417-2005-PA/TC, que constituye precedente vinculante, al artículo VII del Título Preliminar, al inc. 1) del artículo 5 y al artículo 38 del Código Procesal Constitucional, referidos a la protección y procedencia del amparo para proteger el contenido constitucional del derecho fundamental a pensión y a los mecanismos adecuados para su tutela en sede constitucional.

El Tribunal Constitucional en la sentencia señala que de acuerdo a lo establecido en el Precedente Vinculante de la STCPe N° 05189-2005-PA/TC⁴⁹⁹, de fecha 13 de diciembre de 2006, donde precisa los criterios para la aplicación de la Ley N° 23908 durante su vigencia⁵⁰⁰, corresponde nivelar las pensiones en un monto equivalente a tres

⁴⁹⁸ STCPe N° 1417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anicama Hernández, 8 de julio de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁴⁹⁹ STCPe N° 5189-2005-PA/TC, Junín, Jacinto Gabriel Angulo, de fecha 6 de diciembre de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁰⁰ Fundamento N° 5: Al establecer el nuevo criterio de aplicación de la Ley N° 23908, así como la vigencia, aplicación e interpretación de sus disposiciones, este Tribunal señaló lo siguiente:

a) La Ley N° 23908 modificó el Decreto Ley N° 19990, que en su diseño estableció la pensión inicial como la resultante de la aplicación del sistema de cálculo previsto para las distintas modalidades de jubilación, creando el concepto de *pensión mínima*, la que, independientemente de la modalidad y del resultado de la aplicación de los métodos de cálculo, *se convirtió en el monto mínimo* que correspondía a todo pensionista del Sistema Nacional de Pensiones, salvo las excepciones previstas en la propia norma.

b) La pensión mínima se estableció originalmente en un monto equivalente a tres sueldos mínimos vitales; pero, posteriormente, las modificaciones legales que regularon los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores la transformaron en el Ingreso Mínimo Legal, el mismo que, sólo a estos efectos, debe entenderse vigente hasta el 18 de diciembre de 1992.

c) La pensión mínima del Sistema Nacional de Pensiones *nunca fue igual a tres veces la remuneración de un trabajador en actividad*; más bien, se determinó utilizando como referente de cálculo el sueldo mínimo legal, que era uno de los tres componentes de la remuneración mínima de los trabajadores.

d) El Decreto Ley N° 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, modificó los requisitos del Decreto Ley N° 19990 para el goce de las pensiones, entendiéndose que, desde la fecha de su vigencia, se sustituía el beneficio de la pensión mínima por el nuevo sistema de cálculo, resultando, a partir de su vigencia -19 de diciembre de 1992-, inaplicable la Ley N° 23908.

e) Por tanto, la pensión mínima regulada por la Ley N° 23908 debe aplicarse a aquellos asegurados que hubiesen alcanzado el punto de contingencia hasta el 18 de diciembre de 1992 (día anterior a la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967), con las limitaciones que estableció su artículo 3º, y sólo hasta la fecha de su derogación tácita por el Decreto Ley N° 25967.

f) Debe entenderse que todo pensionista que hubiese alcanzado el punto de contingencia hasta antes de la derogatoria de la Ley N° 23908, tiene derecho al reajuste de su pensión *en un monto mínimo equivalente* a tres sueldos mínimos vitales o su sustitutorio, el Ingreso Mínimo Legal, en

remuneraciones mínimas vitales, conforme a la Ley 23908, a aquellas personas que se jubilaron antes del 19 de diciembre de 1992 y que percibían como pensión un monto inferior al monto de la pensión mínima vital. El Tribunal Constitucional, como el demandante se jubiló en 1989 y se le otorgó un monto superior a la pensión mínima vital, el beneficio dispuesto en la Ley N° 23908 (nivelar las pensiones en un monto equivalente a tres remuneraciones mínimas vitales y la indexación trimestral) no le resulta aplicable a su caso⁵⁰¹.

Agrega, además el Tribunal Constitucional en el siguiente párrafo, conforme a lo dispuesto por las Leyes N°s 27617 y 27655⁵⁰² en la actualidad la pensión mínima establecida para el Sistema Nacional de Pensiones está determinada por el número de años de aportes acreditados por el pensionista; en tal sentido, y en aplicación de las normas citadas y de la Resolución Jefatural N° 001-2002-JEFATURA-ONP (publicada el 03-01-2002)⁵⁰³, el monto mínimo que les corresponde a los pensionistas que acrediten más de 10 años y menos de 20 años de aportes en el Sistema Nacional de pensiones,

cada oportunidad en que estos se hubieran incrementado, no pudiendo percibir un monto inferior a tres veces el referente, en cada oportunidad de pago de la pensión, durante el referido periodo.

g) A partir del 19 de diciembre de 1992 resulta de aplicación el Decreto Ley N° 25967, que establece el nuevo sistema de cálculo para obtener el monto de la pensión inicial de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones, hasta que el Decreto Legislativo N° 817 (vigente a partir del 24 de abril de 1996), establece nuevamente un sistema de montos mínimos determinados de las pensiones, atendiendo al número de años de aportaciones acreditadas por el pensionista.

⁵⁰¹ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, FJ. 4, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁰² La Ley N° 27617 (publicada el 01-01-2002), en su Disposición Transitoria Única, estableció que la *pensión mínima* en el Sistema Nacional de Pensiones era de S/. 415.00, y mediante la Ley N° 27655 se precisó que dicha pensión mínima recaía sobre las pensiones percibidas con un mínimo de 20 años de aportación a dicho sistema pensionario.

⁵⁰³ La Resolución Jefatural N° 001-2002-JEFATURA-ONP (publicada el 03-01-2002) dispuso "Incrementar los niveles de pensión mínima mensual de las pensiones comprendidas en el Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N° 19990, de conformidad con los montos que se detallan a continuación:

Para pensionistas por derecho propio:

. Con 20 años o más de aportación	:	S/. 415.00
. Con 10 años y menos de 20 años de aportación	:	S/. 346.00
. Con 6 años y menos de 10 años de aportación	:	S/. 308.00
. Con 5 años o menos de 5 años de aportación	:	S/. 270.00

Para pensionistas por derecho derivado, se aplicará lo dispuesto por el Decreto Ley N° 19990, no pudiendo ser la suma total de las pensiones que el causante genere por dicho concepto inferior a S/. 270.00

Para pensionistas por invalidez : S/. 415.00".

Decreto Ley N° 19990, es la suma de S/. 346.00⁵⁰⁴, situación que resulta aplicable al caso del demandante.

7.2.2. DEL FUNDAMENTO DE VOTO: “DEJAR SIN EFECTO EL PRECEDENTE VINCULANTE DEL CASO ANICAMA”

En esta dirección, el Voto Singular⁵⁰⁵ del ex magistrado del Tribunal Constitucional, Dr. Magdiel Gonzáles Ojeda, si bien concuerda con el sentido del fallo de declarar Infundada la demanda, se aparta de los fundamentos por los cuales se resuelve de esta manera. Así, señala el magistrado del Tribunal que las razones por las cuales se aparta de los fundamentos del precedente vinculante establecido en la STCPE N° 1417-2005-PA/TC para tutelar en sede constitucional el derecho fundamental a pensión son los siguientes:

- 1° No comparte el planteamiento que sostiene la supuesta eficacia diferida de los derechos económicos y sociales, y
- 2° Cuestiona la llamada tesis de los “derechos fundamentales de configuración legal” para configurar el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

En relación al primer punto, señala el magistrado que en el caso Anicama “*se parte de distinguir los derechos en aquellos que son de preceptividad inmediata o autoaplicativos de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos, señalándose que a estos últimos pertenecen los derechos económicos y sociales*”⁵⁰⁶. Configuración con la que no comparte por considerar que es una postura en retirada, ajena a los cambios sociales y a la eficacia directa de los derechos económicos y sociales.

Para sustentar su posición, el magistrado cita el artículo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993, en el ámbito de Naciones Unidas, por la que se llega a

⁵⁰⁴ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, 4, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁰⁵ De conformidad al Artículo 44 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional: “Los fundamentos singulares de voto o los votos singulares que se adopten deben ser enviados por el Magistrado responsable al Secretario Relator, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas de recibido el expediente, bajo responsabilidad, salvo motivos justificados. En caso contrario, el Secretario Relator deja constancia en acta de la demora y se notifica y publica, en su caso, la resolución con los votos de los Magistrados que la suscriban”.

⁵⁰⁶ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 3, <<http://www.tc.gob.pe>>.

reconocer la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, el deber de la comunidad de tratarlos de forma global, justa, equitativa, en pie de igualdad y otorgándoles el mismo peso. Asimismo, pone como ejemplo un derecho civil y político, como es el derecho al voto, para demostrar que los derechos sociales para su eficacia no son los únicos que requieren de todo un aparato institucional y presupuestal para su eficacia⁵⁰⁷.

Pone los ejemplos del derecho a la educación y el derecho a la salud, señalando que en estos casos cuando la persona es titular de los mismos *“el derecho se torna eficaz, porque tienen derecho a la prestación, independientemente de que se trate de un derecho económico, social o de libertad”*⁵⁰⁸.

En esta misma línea, el magistrado aplica al derecho a pensión el razonamiento realizado en los casos anteriores, así señala que la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos han reconocido el carácter universal y progresivo del derecho a pensión, lo que se explica a partir de tener en cuenta que tanto la cobertura como la titularidad requieren ser financiadas, es decir, que se cuente con recursos económicos que hagan viable la prestación económica; en tal sentido, señala el magistrado, que *“cuando la cobertura y la titularidad existen (y se ha podido asegurar la financiación) el derecho es eficaz”*⁵⁰⁹, situación que a consideración del magistrado se presenta en todos los casos que llegan al Tribunal Constitucional en materia de pensiones, ya que *“las personas son titulares del derecho a la pensión porque han aportado a alguno de los regímenes pensionarios vigentes en el Perú y cumplen con la edad para recibir su pensión o han alcanzado la contingencia. Por tal motivo, para todas las personas que han recurrido a la vía del amparo el derecho a la pensión es eficaz”*⁵¹⁰.

Hay que agregar a lo señalado por el magistrado que suscribe el fundamento de voto, que la eficacia del derecho a pensión se concretiza, por un lado, con la percepción

⁵⁰⁷ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 6, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁰⁸ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 7, <<http://www.tc.gob.pe>>. En este párrafo, el magistrado para sustentar su postura cita los siguientes casos: STCPE N° 02945-2003-AA/TC, Lima, Azanca Alhelí Meza García, de fecha 20 de abril de 2004 y STCPE N° 02002-2006-PC/TC, Lima, Pablo Miguel Fabián Martínez y otros, de fecha 12 de mayo del 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁰⁹ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 8, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵¹⁰ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 8, <<http://www.tc.gob.pe>>.

de un monto económico que proteja a la persona de las contingencias (estados de necesidad actualizados), lo que llamaremos eficacia material y, por otro lado, por la eficacia procesal, es decir la existencia de mecanismo procesales y jurisdiccionales adecuados para tutelar y defender el derecho fundamental a pensión, y claro está, sin dejar a un lado las garantías políticas y sociales con las que cuenta.

7.2.3. EFICACIA MATERIAL Y EFICACIA PROCESAL DEL DERECHO A PENSIÓN

Nos remitimos a lo que estamos denominado eficacia material y eficacia procesal del derecho a pensión. Sobre la eficacia material se puede decir que se refiere a la percepción de un monto económico suficiente que garantice a la persona y su familia una calidad de vida y que le permita elevar la misma. En cambio, sobre la eficacia procesal, se puede señalar, que los procesos constitucionales como el Amparo significan para el derecho a pensión un medio eficaz de tutela constitucional cuando aseguran a la persona la protección y defensa de su derecho pensionario, esto es, la existencia de mecanismos procesales y jurisdiccionales, ya sean ordinarios o constitucionales, importan para el derecho a pensión en la medida que son medios idóneos de protección y defensa, son una herramienta adecuada para tutelarlos, para tornarlos eficaz, así no se llegue a declarar fundada una demanda.

Porque la eficacia si bien, como se indicó líneas arriba, se puede manifestar a través de la percepción de un monto económico suficiente, también se puede evidenciar a través de la existencia de mecanismos adecuados que aseguren su tutela no sólo en el otorgamiento del monto pensionario, sino en el reconocimiento del mismo y en la protección ante su privación.

La eficacia dentro del ámbito procesal significa que el derecho a pensión puede ser y es posible de ser tutelado en sede jurisdiccional, se reconoce su eficacia directa, inmediata, porque de lo contrario, sería o no tendría la cualidad de ser un derecho de eficacia directa, de cumplimiento obligatorio, no sujeto a condición alguna, no se podría demandar ante el órgano jurisdiccional constitucional la tutela del mismo, no sería posible de ser tutelado, sin que se cumpla la condición o presupuesto faltante, en tanto esto lo convertiría en un derecho prestacional condicionado, no fundamental, tendría tutela indirecta y eficacia diferida.

Situación indirecta que no se presenta, en tanto a nivel constitucional y legal se reconoce la tutela constitucional directa del derecho a pensión (Artículo 10, 11, 12, 200. inc. 2., Primera Disposición Final y Transitoria, Segunda Disposición Final y Transitoria y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; así como Artículo II, IV, 1, 2, 37. inc. 19 y 20 del Código Procesal Constitucional).

Sobre el segundo punto del fundamento de voto, se señala que el precedente del caso Anicama “se adscribe a la tesis de los derechos fundamentales de configuración legal” (fundamentos 11 y 12). Sin que se tenga tanto en cuenta que [l]a realidad social, económica y política, imperante en una época determinada, será la que condicione los elementos configuradores, o las particularidades y características de la institución jurídica o derecho constitucional de que se trate, el cual será objeto de análisis e interpretación”⁵¹¹. Así, para sustentar el segundo punto del fundamento de voto, el magistrado señala que a partir del principio de supremacía de la Constitución y de su carácter normativo se debe de realizar el análisis, interpretación y delimitación del contenido constitucional del derecho a pensión.

Ello en la medida que «para la configuración del contenido de cualquier derecho constitucional tienen primacía la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de sus órganos de garantía», de tal manera que la «ley sola, como se desprende de la sentencia, no puede configurar el contenido de un derecho fundamental o constitucional, porque precisamente esa ley es la que será sometida al juicio de constitucionalidad, considerando el carácter objetivo y subjetivo de los derechos constitucionales».

Lo que hace la ley es regular el ejercicio o imponer límites al ejercicio de un derecho constitucional, pero no puede «configurar su contenido», sino, ¿que diferencia habría entre un derecho constitucional y un derecho de orden legal?⁵¹², razón por la cual «las leyes deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución, y no la Constitución de conformidad con la ley».

El contenido «directamente protegido» o «constitucionalmente protegido», debe

⁵¹¹ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 10, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵¹² STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 15, <<http://www.tc.gob.pe>>.

ser determinado a partir de la Constitución y de los tratados de derechos humanos⁵¹³, de ahí que “la ley no es indispensable o vital para la determinación del contenido de un derecho fundamental, pero los tratados de derechos humanos, entre los cuales se encuentran los de la OIT, sí. La ley será útil para determinar el cauce y ejercicio del derecho a fin de lograr su mayor efectividad y optimización”⁵¹⁴.

De este modo, sostener lo contrario, como lo hace el fundamento 37 del caso Anicama⁵¹⁵, el que constituye precedente vinculante, al otorgarle carácter constitutivo a

⁵¹³ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 18, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵¹⁴ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 21, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵¹⁵ STCPE N° 1417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anicama Hernández, de fecha 8 de julio de 2005, FJ. 37, <<http://www.tc.gob.pe>>.

“37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:

a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

...

c) Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un ‘mínimo vital’, es decir...

Por ello, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado “pensión mínima”, asciende a S/. 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N.º 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449), el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

d) Asimismo, aún cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el

la ley para tornar eficaz el derecho a pensión, implica darle primacía a la ley por sobre la Constitución. En tal sentido, señala el magistrado que la protección del derecho a pensión se debe de hacer a partir de los contenidos constitucionalmente establecidos en la Constitución como son “*la edad, los años de aportes, así como el acceso, el cumplimiento de las contingencias, la denegación de la pensión cuando se tenga derecho a ella y la privación arbitraria de la pensión, entre otros caracteres*”⁵¹⁶.

Razón por la cual, los criterios de procedibilidad establecidos para proteger la pensión mínima vital, el reajuste de la pensión debe de dejar de fundamentarse en el precedente vinculante establecido en el caso Anicama, fundamento 37, para hacerlo a partir de otras razones que tengan en cuenta “la realidad social, económica y política, imperantes en la época y los intereses sociales influyentes del régimen jurídico de la institución”⁵¹⁷. Por lo que, con el Precedente Constitucional del caso Anicama se ha hecho es “encasillar los casos a determinados supuestos, que por lo demás obedecen a un régimen legal pensionario preconstitucional, sujeto a cambios, impidiendo ver las especificidades de cada caso y el particular drama que ellos encierran. En suma

acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

En efecto, en tanto derecho fundamental relacional, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.

f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo

...

g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103º de la Constitución, respectivamente.”

⁵¹⁶ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 23, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵¹⁷ STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 10 y 26, <<http://www.tc.gob.pe>>.

«petrifica» el contenido constitucional del derecho a la pensión en función de la ley convirtiéndonos en «prisioneros» de ella»⁵¹⁸.

Resulta pertinente entonces analizar la eficacia del derecho a pensión y la tesis de la configuración legal de dicho derecho. Para lo cual, previamente veamos el precedente vinculante establecido en el caso Anicama.

7.2.4. EL PRECEDENTE VINCULANTE DEL CASO ANICAMA

El Tribunal Constitucional mediante la sentencia de fecha 8 de julio de 2005, publicada el día 12 del mismo mes y año, recaída en STCPe N° 1417-2005-AA/TC estableció los supuestos procesales en los que se puede interponer una demanda de amparo para proteger los derechos constitucionales a la seguridad social y a pensión.

En esta sentencia, el Tribunal parte de la premisa, como consecuencia de adoptar la teoría absoluta sobre el «contenido esencial» de los derechos fundamentales⁵¹⁹, que el derecho fundamental a pensión está conformado: *primero*: por un *contenido esencial*, indisponible, intocable por los poderes públicos, particulares y la sociedad, que no cede ante otros bienes constitucionales; *segundo*, por un *contenido no esencial*, el cual puede ser limitado por la presencia de otros bienes constitucionales si es que este límite está justificado y obedece al *test* de proporcionalidad; y *tercero*, por un *contenido adicional*, este contenido viene a ser el resultado de la regulación que haga el legislador sobre el derecho a pensión, dotándole de ciertos beneficios o ampliando su ámbito de protección a otros supuestos.

Para llegar a esta delimitación del contenido del derecho a pensión, el Tribunal en las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional y de régimen pensionario, Ley que reforma de los Artículos 11°, 103° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y contra la Ley N° 28449, Ley de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530; estableció en el Proceso de Inconstitucionalidad a través de la sentencia recaída en el STCPe N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC, 0009-2005-PI/TC, acumulados, de fecha 3 de junio de 2005, publicada el

⁵¹⁸ STCPe N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, fundamento de voto, párr. 27, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵¹⁹ Sobre la teoría absoluta de los derechos fundamentales *vid.* Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, op. cit.*, págs. 400 y ss.

12 del mismo mes y año, la naturaleza del derecho a pensión. El Tribunal en esta sentencia señaló que el derecho a pensión en su contenido “*esencial está constituido por tres elementos, a saber: el derecho de acceso a una pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y, el derecho a una pensión mínima vital*”⁵²⁰.

De ahí, al existir para el Tribunal un «contenido esencial» del derecho a pensión, también existe un contenido no esencial, contenido que puede ser limitado por la presencia de otros bienes constitucionales siempre y cuando dicho límite supere el *test* de proporcionalidad. Para el Tribunal Constitucional peruano, el contenido no esencial del derecho a pensión está “*compuesto por el reajuste pensionario y el tope pensionario máximo*”⁵²¹; además, a estos dos contenidos del derecho a pensión el Tribunal reconoce un contenido adicional, “*integrado por las pensiones de viudez, orfandad y de los ascendientes*”⁵²², este contenido, a criterio del Tribunal, es materia para la libre configuración del legislador.

Después de determinar el Tribunal que el *contenido esencial* del derecho a pensión protege: *a)* el libre acceso a una pensión, *b)* el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y *c)* el derecho a una pensión mínima vital; que su *contenido no esencial* protege: *a)* el reajuste pensionario y *b)* el tope máximo; y, finalmente, que el *contenido adicional* derecho protege: *a)* las pensiones de viudez, *b)* de orfandad y *c)* de los ascendientes; llega a la conclusión que el contenido no esencial y el contenido adicional pueden ser limitados por la presencia de otros bienes jurídicos de relevancia constitucional⁵²³, permaneciendo solamente el contenido esencial libre de ser limitado, es decir, se respeta absolutamente el contenido esencial del derecho a pensión, se prohíbe al legislador y/o a cualquier poder público o particular restringir o limitar el derecho de una persona a acceder a una pensión, a no ser privado arbitrariamente de ella y a percibir una pensión mínima vital.

⁵²⁰ Fundamento jurídico N° 107 de la STCPE N° 00050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC, 0009-2005-PI/TC, acumulados, Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos, de fecha 3 de junio de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵²¹ STCPE N° 00050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC, 0009-2005-PI/TC, acumulados, Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos, de fecha 3 de junio de 2005, FJ. 18 *in fine*, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵²² STCPE N° 00050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC, 0009-2005-PI/TC, acumulados, Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos, de fecha 3 de junio de 2005, FJ. 18 *in fine*, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵²³ STCPE N° 00050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC, 0009-2005-PI/TC, acumulados, Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos, de fecha 3 de junio de 2005, FJs. 109-114, <<http://www.tc.gob.pe>>.

En razón de lo señalado, y desarrollando los fundamentos expuestos en la STCPe N° 0050-2004-AI/TC, acumulados, el Tribunal Constitucional peruano en el Proceso de Amparo resuelto por la sentencia recaída en el STCPe N° 1417-2005-AA/TC, establece vía jurisprudencial, a través de la técnica del Precedente Constitucional Vinculante, los mecanismos procesales adecuados para tutelar el derecho a pensión, señalando que los derechos que pertenecen a cada contenido del derecho a pensión tienen una vía procesal específica para ser protegidos. Así, señala que cuando uno de los derechos que conforman el contenido esencial del derecho a pensión es afectado, la vía procesal adecuada para proteger el derecho vulnerado o amenazado es un Proceso Constitucional como el Proceso de Amparo; en cambio, cuando se trata de la vulneración de uno de los derechos o elementos que pertenecen al contenido no esencial o adicional del derecho a pensión configurado por el Tribunal, la vía procesal adecuada para protegerlos es el Proceso Contencioso Administrativo, ante la jurisdicción ordinaria.

El Tribunal, de esta manera estableció que el derecho a pensión puede ser tutelado por dos tipos de procesos, *primero*: por un Proceso Constitucional cuando se trata de proteger uno de los derechos del contenido esencial del derecho a pensión: *a)* acceso a una pensión, *b)* a no ser privado arbitrariamente de ella y *c)* a una pensión mínima vital; *segundo*: cuando el derecho vulnerado pertenezca al contenido no esencial o al contenido adicional, el derecho deberá ser protegido a través del Proceso Contencioso Administrativo, ante el fuero ordinario.

El Tribunal Constitucional peruano, en los fundamentos siguientes de la sentencia Anicama, señala que para proteger el derecho a pensión y establecer cual es la vía «adecuada», primero hay que determinar que derecho o derechos del contenido o esfera del derecho fundamental han sido vulnerados, se tiene que determinar a que contenido específicamente pertenece el derecho transgredido, una vez reconocido el derecho afectado y el contenido al cual éste pertenece se determinará el proceso para su tutela, ya sea a través de un Proceso Constitucional como el Amparo o un Proceso Contencioso Administrativo.

En el Fundamento 37 de la sentencia Anicama el Tribunal Constitucional peruano desarrolla los supuestos en los cuales procede proteger mediante un proceso

constitucional como el Amparo el derecho a pensión, cuando se lesionan los derechos que pertenecen al contenido esencial⁵²⁴.

Luego, el Tribunal en el fundamento jurídico N° 51 señala que para tutelar los derechos del contenido no esencial y adicional del derecho a pensión, la persona afectada en sus derechos debe acudir al proceso contencioso administrativo, en *“tanto es la Administración pública la encargada de efectuar el otorgamiento de las pensiones específicas una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley, es el proceso contencioso administrativo la vía orientada a solicitar la nulidad de los actos administrativos que se consideren contrarios a los derechos subjetivos que a pesar de encontrarse relacionados con materia previsional, sin embargo, no derivan directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión. Así lo estipula el artículo 1° de la Ley N° 27584”*.

Por ello, concluye señalando, *“en los supuestos en los que se pretenda la estimación en juicio de pretensiones que no se encuentren relacionadas con el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, los justiciables deberán acudir el proceso contencioso administrativo a efectos de dilucidar el asunto controvertido”*⁵²⁵.

En los casos del contenidos no esencial y adicional del derecho a pensión, es competente el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (o el juez civil o mixto en los lugares en donde no exista juez especializado en lo contencioso administrativo), del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación o del lugar donde se produjo la actuación impugnada, a elección del demandante, para conocer las demandas que tengan como pretensión la tutela de los derechos pertenecientes al contenido no esencial y adicional del derecho fundamental a pensión, de conformidad a los artículo 8° y 9° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo⁵²⁶.

⁵²⁴ Se protege el derecho a pensión por el proceso constitucional del Amparo en los supuestos desarrollados en los apartados a, b, c, d, e y f del fundamento jurídico N° 37, STCPE N° 1417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anicama Hernández, de fecha 8 de julio de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵²⁵ STCPE N° 1417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anicama Hernández, de fecha 8 de julio de 2005, FJ. 52, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵²⁶ STCPE N° 1417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anicama Hernández, de fecha 8 de julio de 2005, FJ. 53, <<http://www.tc.gob.pe>>.

El Tribunal Constitucional en la sentencia Anicama, también estableció los efectos inmediatos de su jurisprudencia⁵²⁷ para los procesos de Amparo en trámite que tengan como petitorio la protección de los derechos del contenido no esencial o adicional del derecho fundamental a pensión. Así, en el fundamento N° 54 señala que las demandas de Amparo que tengan como petitorio la protección de derechos que pertenecen al contenido no esencial o adicional del derecho a pensión, llámese reajuste de la pensión, aplicación de topes, pensión de orfandad, entre otros, deberán ser declarados improcedentes, devueltos al juzgado de origen (juzgado civil que conoció la demanda en primera instancia) y remitidos por éstos al Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo. El Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo se avocará al conocimiento de la causa, admitirá a trámite la demanda y otorgará un plazo razonable al demandante para que adecue la demanda a la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, sin que sea necesario que se agote el procedimiento administrativo previo⁵²⁸. En todos estos casos el juez en lo contencioso aplicará el principio de favorecimiento del proceso (inciso 3. del Artículo 2° de la Ley N° 27584), además debe tener en cuenta los criterios establecidos por el Tribunal para el trámite de las demandas de Amparo derivadas al juez especializado en lo contencioso, desarrollado en los fundamentos N° 56, 58 y 59.

En suma, el Tribunal Constitucional en la sentencia STCPE N° 1417-2005-AA/TC ha determinado que el Proceso Constitucional de Amparo es la vía jurisdiccional adecuada para tutelar el contenido esencial del derecho fundamental a pensión, contenido que comprende: *a)* el derecho a acceder a una pensión, *b)* a no ser privado de ella y *c)* a percibir una pensión mínima vital, por ello, los jueces competentes para conocer las demandas de Amparo para admitir y tramitarlas deben determinar si la demanda busca proteger un derecho del contenido esencial del derecho a pensión.

⁵²⁷ Jurisprudencia que se constituye como precedente constitucional vinculante de conformidad al Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según lo establece el numeral 4 del fallo de la STCPE N° 1417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anicama Hernández, de fecha 8 de julio de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵²⁸ Cuando en el expediente de amparo obre el escrito en que la Administración contradiga la pretensión del recurrente, no se podrá exigir el agotamiento del procedimiento administrativo. En los casos en que no sea posible verificar si la Administración se ha ratificado o no en torno a la validez del acto atentatorio del derecho pensionario, no serán remitidos al juez de lo contencioso administrativo, ya que en este supuesto es exigible el agotamiento de la vía administrativa, debiendo los recurrentes agotarla, para presentar la respectiva demanda contencioso administrativa. Fundamentos jurídicos STCPE N° 1417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anicama Hernández, de fecha 8 de julio de 2005, FJs. 55 y 56, <<http://www.tc.gob.pe>>.

En los casos que se busque la tutela de los derechos comprendidos en el contenido no esencial o adicional del derecho fundamental a pensión, el juez competente para conocer las demandas será el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo. De esta manera, el Tribunal estableció en la sentencia Anicama la competencia de los jueces y las vías correspondientes para tutelar el derecho fundamental a pensión, en razón de los derechos vulnerados y el contenido del derecho al que pertenecen.

7.2.5. EFICACIA DEL DERECHO A PENSIÓN

De la sentencia Anicama se evidencia que el derecho a pensión ha sido configurado por el Tribunal Constitucional peruano con el fin de proteger constitucionalmente sólo una parte del mismo, protegiendo el derecho a pensión sólo teniendo en cuenta la estructura o contenido constitucional configurado por propio Tribunal Constitucional. Como se ha visto en los acápites anteriores, la protección de los derechos o elementos que pertenecen al contenido esencial del derecho a pensión han sido delimitados con el fin de ser protegidos en sede constitucional por el Proceso de Amparo y Cumplimiento, diferenciando para los contenidos no esencial y adicional el proceso ordinario ante el Poder Judicial mediante el Proceso Contencioso Administrativo.

Esta línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional peruano ha sido aplicada a todos los casos en que se ha solicitado la tutela del derecho a pensión, de tal manera, en la actualidad el derecho a pensión tiene en nuestro ordenamiento jurídico una tutela sectorizada, reservando y excluyendo sólo para el contenido esencial configurado por el Tribunal Constitucional los Procesos Constitucionales. De tal modo, el derecho a pensión en sede constitucional sólo puede ser tutelado a criterio del Tribunal cuando se afecte el derecho de acceso a una pensión, a no ser privado arbitrariamente de ella y a la pensión mínima vital ascendente a S/. 415.00 Nuevos Soles.

La protección parcializada por el Tribunal Constitucional peruano del derecho a pensión, se condice con la concepción unitaria, integral e indivisible de los derechos fundamentales, no sólo en relación a los demás derechos sino en relación a sí mismo, así

como de la promoción y progresividad de los derechos fundamentales⁵²⁹. La eficacia del derecho a pensión se evidencia así, por un lado, con la existencia de mecanismos adecuados que garanticen su plena vigencia, pero no sólo de una parte o sector del derecho, sino de la totalidad del mismo. De este modo, si bien en un sentido se puede hablar de que con la existencia de mecanismos procesales para defender el derecho a pensión este es eficaz, no es menos cierto que la eficacia del mismo tiene que darse en su integridad.

Por ello, la protección de los derechos fundamentales en general, exige para su eficacia la existencia de medios adecuados para su protección. En esta dirección es comprensible que se pueda señalar que cuando se recurre a un Proceso Constitucional como el Amparo, el derecho se torna eficaz. Se torna eficaz en la medida que cuenta con las garantías necesarias para ser protegido, para ser defendido, ya que para concurrir a un proceso constitucional se requiere que el demandante sea el titular del derecho y concurra un acto lesivo, sin exigencia mayor que estas.

Los derechos sociales, dentro de ellos el derecho a pensión, cuenta con los mecanismos adecuados para su protección, así estos mecanismos adecuados son los procesos constitucionales y los procesos ordinarios ante el Poder Judicial. De tal manera, el derecho a pensión es un derecho de eficacia directa, justiciable en sede constitucional y ordinaria, no requiriendo mayores delimitaciones por parte del legislador para que se torne eficaz. Si bien, ha sido costumbre señalar que los derechos sociales, con ellos el derecho a pensión, requieren de una determinada capacidad económica para ser tutelado, esta afirmación ha sido más bien hecha teniendo en cuenta una diferenciación sesgada de la naturaleza de los derechos sociales. La Constitución es clara al señalar que el derecho a pensión se otorga para proteger a la persona frente a las contingencias y para elevar la calidad de vida.

Como se indicaba (*supra* 7.2.2.), por un lado el derecho a pensión se torna eficaz si cuenta con los mecanismos adecuados para su defensa (eficacia procesal), por otro lado, si el derecho a pensión garantiza para la persona una adecuada protección frente a

⁵²⁹ Una de las características de los derechos fundamentales y de los derechos humanos es su progresividad y promoción, que consisten en implementar mejores garantías para la vigencia así como mejorar las condiciones de su ejercicio, de tal modo los Estados deben promover tanto a nivel jurídico, político como económico una mejor calidad de vida a las personas. De este modo, los Estados se encuentran en la obligación de cada año adoptar medidas que demuestren un avance claro en el ejercicio de los derechos humanos.

las contingencias otorgando un monto pensionarios suficiente, lo que denominamos eficacia material (eficacia material). Así, el derecho a pensión será eficaz si el pensionista cuenta para sí y para su familia con ingresos económicos suficientes como pensión que le proteja de las contingencias generadoras de estados de necesidad. En este sentido, la eficacia estará determinada por la percepción de un monto suficiente que cubra al menos las necesidades básicas de la persona, lo cual se puede lograr con el otorgamiento de una pensión acorde con las necesidades y no en función de requisitos legales, alejados y ajenos de la realidad del pensionista.

La eficacia material se ha visto relegada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la medida que sólo ha permitido que se tutele en sede constitucional la protección de la pensión mínima vital que asciende a la suma de Cuatrocientos Quince Nuevos Soles y 00/100 (S/. 415.00); de tal manera, como se señala en el fundamento de voto del magistrado Magdiel Gonzáles, no es comprensible que sólo se otorgue protección constitucional a aquellos pensionistas que perciben una pensión igual o menor a la pensión mínima vital, razones por la cual se hace indispensable variar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

7.2.6. DERECHO A PENSIÓN: ¿DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL?

Para el Tribunal Constitucional peruano los derechos sociales, en particular el derecho a pensión, requiere indispensablemente que el legislador participe en su regulación y determine el contenido inmediatamente aplicable y tutelable en sede jurisdiccional, operando los límites o controles a la actividad del legislador en los casos en que éste al momento de configurar el derecho transgreda o vulnere el contenido esencial del derecho fundamental configurado.

Así, el derecho a pensión para el Tribunal es un derecho exigible jurisdiccionalmente en la medida que el legislador ha regulado, determinado, definido su contenido constitucional o, en todo caso, a partir de su intervención se puede desprender, por un juicio de interpretación constitucional, el contenido del derecho a pensión tutelable en sede constitucional u ordinaria.

Según esta posición los derechos sociales pueden sólo ser tutelados jurisdiccionalmente con el concurso de leyes de ayuda, de subsidio, aseguramiento, organización, impuestos, procedimiento, dirección, planificación y fomento. Desde este

punto de vista, los derechos sociales principalmente imponen al legislador un deber de legislar, vinculan solamente al legislador, más no a los tribunales o los particulares para garantizarlos o efectivizarlos.

La intervención del legislador se convierte en un requisito *sine qua non* para la tutela o eficacia jurisdiccional de los derechos sociales. Así, en razón de esta postura, los derechos sociales están supeditados a la labor o actividad del legislador, reconocen en la actividad del legislador la partida de eficacia del derecho fundamental, es decir, el derecho en su consagración constitucional no es vinculante, obligatorio, tutelable jurisdiccionalmente, sino, requiere la participación de la ley para que se torne coercible y exigible, el derecho constitucional, fundamental, sería derecho en tanto intervenga el legislador, más, si el legislador no interviene, a través de la configuración o trasposición, es sólo una buena intención, un adorno constitucional, desprovisto de eficacia y obligatoriedad, degradado a derecho «legal»⁵³⁰.

Se puede señalar que sostener que el derecho a pensión es un derecho de configuración legal es negar y dejar de reconocer el carácter vinculante y de eficacia directa del derecho a pensión y de los derechos sociales, situación y figura que se condice con la naturaleza de los derechos fundamentales. En este sentido, la eficacia diferida de los derechos sociales y del derecho a pensión sólo es válida en la medida que se quiera dejar de reconocer la naturaleza de derecho fundamental del derecho a pensión.

Ya que a partir de lo establecido por el Tribunal Constitucional, en relación al contenido esencial (contenido constitucional), se puede evidenciar que este contenido no necesita de una regulación o desarrollo constitucional en la medida que es exigible directamente en sede constitucional sin que sea indispensable la intervención del legislador, es decir este sector del derecho a pensión no necesita de regulación legal, que el legislador intervenga en su configuración para ser tutelado jurisdiccionalmente, para ser aplicado directa e inmediatamente en sede constitucional.

El problema radica, en todo caso en los contenidos no esencial y adicional del derecho a pensión (referidos al contenido condicionado de los derechos sociales) en tanto se ha relegado de un lado, su tutela en sede constitucional a la jurisdicción ordinaria, y más aún el reajuste de la pensión y los montos que superen el mínimo vital,

⁵³⁰ Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, op. cit., pág. 194.

y de otro a su configuración legal. En esta línea jurisprudencial, como se señala en el fundamento de voto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no protege adecuadamente el derecho a pensión, no le otorga los medios adecuados para su tutela, por ello es conveniente que se cambie la jurisprudencia y se establezca medios y mecanismos adecuados de proteger el monto pensionario y su capacidad adquisitiva.

Ya que, mantener la configuración del derecho a pensión tal y como está hecha por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia Anicama, significa vaciar el contenido constitucional el derecho a pensión para llenarlo con un contenido legal, siendo la ley la que al final determina si procede o no la tutela constitucional del derecho a pensión, lo que en otros términos significa proteger los contenidos establecidos por la ley (configuración legal) de un derecho constitucional vaciado de su contenido constitucional.

Finalmente, cabe mencionar que si bien el magistrado Gonzales Ojeda se apartó del precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en el caso Anicama sobre la procedencia del Amparo para tutelar el derecho a pensión, muy a nuestro pesar aún se mantiene vigente el citado precedente en tanto el Tribunal como órgano colegiado no ha cambiado aún este precedente, figura que operaría si la mayoría, igual o más de 5 de sus magistrados, al igual que el ex magistrado del Tribunal, se apartan de los fundamentos establecidos en el caso Anicama.

Esta es la situación actual del derecho social a pensión y sus mecanismos procesales de tutela, diferenciada, no en función de una mayor tutela urgente, sino en función de haber segmentado al derecho a pensión, y de una misma unidad, se ha hecho valer unos contenidos sobre otros, los mismos que no aceptan una jerarquización o superioridad, cuando, por el contrario, dicha segmentación no ha hecho más que restringir su eficacia y tutela jurisdiccional.

7.3. JORNADAS ATÍPICAS. UN TÍPICO CASO DE DERECHOS NO PRESTACIONALES

7.3.1. LAS JORNADAS ATÍPICAS. REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL STCPE N° 4635-2004-AA/TC

El Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 17 de abril de 2006, recaída en el STCPE N° 4635-2004-AA/TC, se pronunció sobre las jornadas atípicas y su relación con la jornada laboral establecida en la Constitución y en los Tratados de

Derechos Humanos de los cuáles el Estado Peruano es parte, todo ello en el marco de los derechos de los trabajadores mineros, en concreto de los trabajadores de la Empresa Southern Perú Copper Corporation.

En esta sentencia, el Tribunal relaciona las jornadas atípicas establecidas en el programa de trabajo (4 x 2) o (5 x 2) de cuatro días de labor, de doce horas diarias de trabajo, más un quinto día de trabajo de doce horas diarias, que se produce utilizando un día descanso. De los hechos presentados en la demanda demuestran que la demandada aplicaba los sistemas de 4 x 3 y 5 x 2, a través de turnos diarios y nocturnos, en el asentamiento minero de Toquepala; es decir, de cuatro y cinco días de trabajo, de doce horas cada uno, más tres y dos días de descanso, respectivamente, relacionado con el derecho fundamental de la jornada de las 8 horas y las 46 horas semanales de trabajo cómo máximo establecido por la Constitución y los tratados sobre derechos humanos.

La Constitución peruana en el artículo 25 dispone:

“[L]a jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo”.

Por otro lado, el régimen laboral impuesto a los trabajadores mineros de Toquepala se contradice con los Tratados sobre Derechos Humanos que el Estado peruano ha ratificado, así, como se explica en la sentencia, el Convenio N° 1 de la OIT (industria)⁵³¹, artículo 2, señala:

“En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación:

- a) las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza;*
- b) cuando, en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios entre las organizaciones patronales y obreras (a falta de dichas organizaciones, entre los representantes de los patronos y de los obreros) la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho horas, una disposición de la autoridad competente, o un convenio entre las organizaciones o representantes supradichos, podrá autorizar que se sobrepase el límite de ocho horas en los restantes días de la semana. El exceso del tiempo previsto en el presente apartado nunca podrá ser mayor de una hora diaria;*
- c) cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el*

⁵³¹ El Convenio N° 1 sobre horas de trabajo (industria) fue ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución legislativa N° 10195 y registrado con fecha 8 de noviembre de 1945.

promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.”

Y su artículo 4 señala:

“También podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido en el artículo 2 en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana. Este régimen no influirá en las vacaciones que puedan ser concedidas a los trabajadores, por las leyes nacionales, en compensación del día de descanso semanal.”

En esta dirección se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 24 dispone que toda persona tiene el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 7, literal d) reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en especial, la limitación razonable de las horas de trabajo. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en su artículo 7, literal g) establece que los Estados garantizarán la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y que las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.

De conformidad a lo establecido por la Constitución y a los Tratados mencionados todo trabajador tiene derecho a trabajar en un periodo no mayor a ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas a la semana como máximo, y en las labores que signifiquen un alto riesgo para la vida, salud o seguridad de la persona las jornadas deben de ser menores a los tiempos señalados precedentemente. De tal manera que el Tribunal Constitucional peruano, sobre el particular ha señalado⁵³²:

“a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.

b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.

c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.

d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.

e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada

⁵³² STCPE N° 04635-2004-AA/TC, Tacna, Sindicato de Trabajadores Toquepala y Anexos, de fecha 17 de abril de 2006, FJ. 15, <<http://www.tc.gob.pe>>.

semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4.º del Convenio N.º 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).”

En la presente sentencia el Tribunal Constitucional estableció que la jornada laboral y las jornadas atípicas o acumulativas no pueden exceder los tiempos establecidos en el artículo 25 de la Constitución peruana; así, las jornadas laborables, en mayor razón las jornadas atípicas de los trabajadores mineros, tienen que estar bajo los parámetros establecidos por el artículo 25, de tal manera que las labores que excedan los límites impuestos por la Constitución (8 horas diarias o 48 semanales) son incompatibles con la Constitución y afectan los derechos fundamentales de la dignidad de la persona (artículo 1), a la igualdad de oportunidades sin discriminación (artículo 2, inciso 2), al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (artículo 26, inciso 2), a la fuerza vinculante de la convención colectiva (artículo 28, inciso 2), a la salud y al disfrute del tiempo libre y al descanso.

El Tribunal Constitucional en la sentencia había definido la jornada laboral conforme a lo establecido por la Constitución. Pero, a partir de resolver la solicitud de aclaración, cambió el sentido interpretativo realizado por el Tribunal Constitucional en la sentencia, «relativizado» en la Aclaración, en cuanto señaló el Tribunal Constitucional que no sólo son vulneradoras del derecho a la jornada ordinaria de trabajo las labores que excedan las ocho horas diarios o las cuarenta y ocho semanales a secas; sino, que a estos dos límites originarios aumentó un «límite» más, que se refiere a aquella actividad donde el derecho a la jornada de trabajo no es afectada cuando las *“jornadas atípicas o acumulativas que en promedio superen las ocho horas diarias y cuarentiocho semanales para un período de tres semanas, o un período más corto[...]*”⁵³³.

En la resolución de Aclaración se establece que si en un periodo promedio de tres semanas o uno más corto que puede ser dos semanas (2) o semana y media (1½) el trabajador labora algunos días doce (12) horas diarias pero que en la suma total de las tres (3), dos (2) o semana y media (1½) no se superan las cuarenta y ocho horas (48) por semana, no se vulnera el derecho a la jornada de trabajo, a los derechos fundamentales del trabajador, ni menos es incompatible con la Constitución. De este modo, la jornada diaria de las ocho (8) horas o de las cuarenta y ocho (48) horas se relativiza por un

⁵³³ STCPE N° 04635-2004-AA/TC, Tacna, Sindicato de Trabajadores Toquepala y Anexos, de fecha 17 de abril de 2006, Aclaración, FJ. 17, <<http://www.tc.gob.pe>>.

cómputo semanal⁵³⁴ dando cabida a que el trabajador realice actividades que significan un alto riesgo para su vida, salud y familia y se encuentre expuesto a estos peligros y riesgos y que en la situación correcta o adecuada debería de estar el menor tiempo posible y con las mejores medidas de seguridad.

El Tribunal Constitucional, mediante el voto en mayoría, en el momento de «Aclarar» la sentencia puso en grado superlativo los intereses del empleador y de la actividad empresarial de las mineras por sobre la protección y desarrollo del trabajador, si bien en la sentencia se establece claramente que la jornadas atípicas o acumulativas no pueden ser mayores a ocho (8) horas diarias o a cuarenta y ocho (48) horas semanales (entiéndase por una semana) al aumentar el cómputo promedio a tres o menos semanas se deja la salvedad que pueda existir la posibilidad de que se permita el trabajo de 12 horas diarias con el único tope que no exceda las 48 horas por semana en las tres o menos semanas, situación que se evidencia como incompatible con lo que establece la Constitución y el Convenio N° 1 de la OIT, Convenio que sólo de forma excepcional permite una jornada mayor a las 8 y 48 horas.

Con esta «salvedad» hecha por el Tribunal Constitucional en la aclaración se permite el trabajo de 8 a más horas en las minas siempre que su cómputo general no supere las 48 horas por semana, sin tener en cuenta que por la naturaleza de la actividad que despliegan los trabajadores en las minas debe de ser siempre menor a las 8 horas diarias, como claramente se ha indicado en la sentencia, pero que en la aclaración se ha relativizado dejando la posibilidad que los trabajadores de las minas y de otras actividades de riesgo puedan trabajar en un tiempo mayor a las 8 horas.

La «aclaración de la sentencia» era innecesaria que se establezca un límite más a la jornada de trabajo, ya que con esto se ha permitido que exista la posibilidad de que el trabajador labore en periodo mayor a las ocho (8) horas pero sin que sea mayor a las cuarenta y ocho (48) por semana, es decir se permite el trabajo de doce (12) o diez (10) horas en las actividades de alto riesgo para la vida, salud y para la familia del trabajador cuando de por sí, éste sólo debe de estar expuesto en una jornada menor a ésta, conforme a las propias estipulación del Convenio N° 1 de la OIT.

⁵³⁴ Aunque si bien es cierto que el Convenio N° 1 de la OIT establece este supuesto, lo hace excepcionalmente y se entiende que no es aplicable de forma constante a las actividades de alto riesgo para la vida, salud y la familia de las persona como son las labores en las minas.

7.4. EL DERECHO A PERCIBIR PENSIÓN Y REMUNERACIÓN EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN

7.4.1. PRELIMINARES

En el marco de nuestro sistema constitucional, en particular dentro del constitucionalismo social, la seguridad social y el trabajo constituyen los pilares fundamentales de una sociedad con justicia y equidad social. Si bien, la propia organización actual nos demuestra que la efectividad de estas instituciones puedan ser sólo aspiraciones o metas que se deseen o se tengan que cumplir, según la importancia que les otorguemos, no es razón fundamental o justificación suficiente para declarar y sostener en primer término que las pretensiones que se quieran lograr con la eficacia de las mismas denotan gravemente la limitación de la libertad o que su eficacia depende de sociedades más avanzadas que cuentan con recursos suficientes para financiar o retribuir los ingresos que «significarían» el goce efectivo de los ciudadanos del derecho a la seguridad social y al trabajo.

Como lo venimos sosteniendo, el factor económico no es el único condicionante o impedimento para lograr la plena eficacia de los derechos sociales, dentro de ellos de la seguridad social y del trabajo. Aún más, sostenemos que realmente la eficacia de los derechos sociales no pasa tanto por un problema de escases o falta de recursos, sino pasa más por un problema de distribución. Así, teniendo claro que el condicionamiento económico es más una apariencia que una realidad, como la mayoría de las verdades absolutas, sostenemos que es esencial determinar previamente el nivel de compromiso de la colectividad y con ello la participación de los ciudadanos con el logro y el desarrollo social de su comunidad, definir si realmente para una colectividad determinada existe una carencia de los recursos para implementar los programas y las políticas indispensables para edificar o ampliar las estructuras tendientes a garantizar el goce efectivo de los derechos sociales, dentro de ellos de forma elemental la seguridad social y el trabajo.

O más bien, existe una gran grieta dentro del sistema político-jurídico que no permite que se canalicen adecuadamente los recursos, se inviertan y se redistribuyan de tal manera que la desigualdad material, la extrema pobreza y la pobreza vean en ellas las armas eficaces de su progresivo o palpable aniquilamiento. Si nos preguntamos, ante la existencia de todo un aparato estatal creado para brindar seguridad, libertad y propiedad, que a la vez puede sumársele, la igualdad y solidaridad, realmente el gran problema de

concretizar estos fines, son impedidos por la falta de recursos económicos, en cuanto nos referimos a los fines que supuestamente requieren éstos para su concretización. O es que, por ejemplo, el mismo sistema político, la decisión de las políticas de progreso y desarrollo social, referidas no sólo en términos de igualdad material relativo a las condiciones de existencia de los ciudadanos, sino también al progreso tecnológico, no son prioritarios para los funcionarios o representantes. Realmente cuanto tiene que ver el modelo del sistema político adoptado, mejor dicho, el funcionamiento de dicho sistema político con el desarrollo social y tecnológico de una nación.

Si las prioridades estuviesen en estos programas sociales y tecnológicos, tanto la desigualdad material como el atraso tecnológico superarían los grandes obstáculos y problemas que afrontan. Ya que sin progreso o desarrollo tecnológico es muy difícil superar las grandes vallas o dificultades del atraso social-económico, por ello, si bien el factor económico ya no resulta tan determinante como se nos decía que era, la solución también va por hacer que el sistema político antes que un estorbo se convierta en la herramienta que permita generar los medios, los recursos y las técnicas adecuadas para solucionar los grandes problemas de la extrema pobreza, la pobreza y la precariedad económica.

Como se ha señalado, dentro de las principales instituciones que resultan claves para el progreso social y también tecnológico se encuentran la seguridad social y el trabajo. Las prestaciones que integra la seguridad social, sin entrar en mayor detalle, se pueden resumir de forma general en tres⁵³⁵: *a)* prestaciones de salud, *b)* prestaciones frente a accidentes de trabajo y *c)* pensiones. Dentro de las cuales solamente en el presente caso nos referiremos a las prestaciones de salud y de pensiones, en lo que se refiere a los requisitos para su goce y en el marco de lo establecido por la STCPE N° 03480-2007-PA/TC.

En lo que concierne, por ejemplo, al derecho a la salud y los sistemas de financiamiento de las diversas entidades obligadas a prestar este servicio, varían un caso

⁵³⁵ No obstante el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en la Sesión de la Conferencia N° 35, realizada el 28 de junio de 1952, vigente desde el 27 de abril de 1955 y ratificado por el Estado peruano mediante Res. Leg. N° 13284, el 23 de agosto de 1961, establece las normas mínimas sobre la seguridad social. En este Convenio se contemplan un mínimo de prestaciones, dentro de las cuales tenemos: *a)* asistencia médica preventiva o curativa, *b)* prestaciones monetarias de enfermedad, *c)* prestaciones de desempleo, *d)* prestaciones de vejez, *e)* prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, *f)* prestaciones familiares, *g)* prestaciones de maternidad, *h)* prestaciones de invalidez, *i)* prestaciones de sobrevivientes.

de otro, así tenemos que los enfoques nacionales para financiar los cuidados de salud generalmente tienen por objeto el reparto de los costes sanitarios entre los grupos de población a través de la cobertura conjunta de los riesgos. En general, se utilizan cuatro modelos predominantes de financiación⁵³⁶: a) *Sistemas nacionales de salud*: principalmente financiados con los ingresos fiscales generales, con servicios prestados en general por las instituciones públicas; b) *Sistemas de seguro social de salud*: generalmente financiados con impuestos sobre la nómina, pueden funcionar como una organización nacional única o como varias organizaciones, y puede contar con la participación del sector público y privado en la prestación de servicios; c) *Planes de seguro de salud*: se trata de seguros privados de enfermedad normalmente financiados mediante primas individuales y voluntarias evaluadas en función del riesgo, con servicios prestados por prestatarios contratados; d) *Seguro social de salud de tipo comunitario*: organizado por comunidades o pequeños grupos de personas como medio para cubrir conjuntamente los riesgos, financiado con cotizaciones voluntarias y, a veces, con subvenciones públicas.

Asimismo, respecto al derecho al trabajo y a los derechos laborales se puede señalar, sin mayor controversia y discusión, que éstos “alcanzan supremacía a través de su recepción por las respectivas Constituciones. Éstas, cuya finalidad primigenia era la protección del individuo frente al Estado, en lo que se conoce como eficacia vertical, hoy se postula sin disenso que tienen igual valoración horizontal, lo que significa que los principios que contiene son exigibles igualmente en las relaciones entre particulares. Ello adquiere especial relevancia en el campo laboral, dada la especial índole de las relaciones entre empleadores y trabajadores, signadas por la desigualdad[...]. La protección de los derechos de los trabajadores no se limita a los que son típicamente laborales, puesto que son igualmente objeto de protección los derechos del trabajador en tanto persona humana, en cuanto puedan ser desconocidos o violados por los empleadores”⁵³⁷.

Atendiendo, a la uniforme y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha establecido, de forma general, que el “derecho al trabajo se manifiesta en un doble

⁵³⁶ Konkolewsky, Hans-Horst: “Extensión de la protección de la salud: es preciso afrontar el desafío”, Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS), Perspectivas de Política Social, núm. 6, Ginebra, diciembre, 2007, pág. 2.

⁵³⁷ Pasco Cosmópolis, Mario: “La Constitución y la nueva cuestión social (Perú)”, Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 1, julio-diciembre, 2005, pág. 116.

aspecto, por un lado, el de acceder a un puesto de trabajo; y, por otro, el derecho a no ser despedido sino por causa justa⁵³⁸. Asimismo, ya dentro de una relación laboral, “El contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en forma subordinada a cambio de una remuneración”. Donde, “se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: *a*) la prestación personal de servicios, *b*) la subordinación y *c*) la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración)”⁵³⁹.

Nos enfocaremos en la remuneración, relacionándola con la pensión, como prestaciones monetarias que cumplen un fin y un rol dentro de la colectividad y que garantizan una calidad de vida a la persona humana, como manifestación y concreción de la dignidad.

7.4.2. EL CASO MEDINA MORÁN: PRESTACIÓN DE PENSIÓN Y REMUNERACIÓN

En la variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, citamos una sentencia donde el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el derecho a la pensión, al trabajo y a la igualdad. Se trata de la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2007, recaída en el STCPE N° 03480-2007-PA/TC, en el caso Juan José Medina Morán. El Tribunal para pronunciarse sobre el fondo de la presente sentencia, previamente analiza si la demanda encaja dentro de uno de los supuestos señalados por el precedente vinculante recaído en el STCPE N° 1417-2005-AA/TC (*supra* § 7.2.4.), para lo cual señala que al presente caso se aplica el supuesto señalado en el numeral c) del fundamento 37 de la sentencia, referida a la afectación al mínimo vital⁵⁴⁰.

⁵³⁸ STCPE N° 03330-2004-AA/TC, Lima, Ludesminio Loja Mori, de fecha 11 de julio de 2005, FJ. 30, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵³⁹ STCPE 02040-2004-AA/TC, Piura, Carlos Alberto País Lescano, de fecha 9 de setiembre de 2004, FJ. 8, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁴⁰ Como veremos más adelante, nos parece que al respecto existe un tratamiento diverso sobre el supuesto que se aplica cuando se suspende la pensión por razón de volver a trabajar y percibir una remuneración. Sostenemos que en el presente caso más que verse comprometido el mínimo vital, se puede hacer un pronunciamiento de mérito, de fondo, por el presupuesto que se refiere a la privación arbitraria de la pensión, es decir, tutelar el derecho a pensión, y pronunciarse sobre el fondo, ante la acción que deniega el pago de la pensión, siendo que se busca en el proceso de amparo determinar si esta privación en conforme al orden constitucional o no, supuesto que está establecido en la STCPE N° 00050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC, 0009-2005-PI/TC, acumulados, Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos, de fecha 3 de junio de 2005, FJ. 117, <<http://www.tc.gob.pe>>, y no tanto por verse comprometido el mínimo vital o el acceso a la pensión.

De la presente sentencia nos interesan los argumentos referidos a la prestación de una remuneración y pensión. De tal forma, se señala que en nuestro ordenamiento legal, compatible con la Constitución, como regla general, se ha prohibido la percepción de una pensión y una remuneración al mismo tiempo del Estado, siendo que las excepciones a esta regla son los casos de remuneraciones percibidas por docencia (pensión y remuneración) o pensiones por derecho derivado (pensión y pensión). Los demás supuestos que se podrían presentar, donde un pensionista vuelva a tener cualquier tipo de contrato (ya sea de naturaleza laboral o civil) con el Estado excluye la posibilidad de que éste pueda percibir además de su pensión la remuneración que le correspondería por la actividad profesional o laboral que brinde al Estado. En estos casos, se sostiene que el ordenamiento legal faculta a que se suspenda la pensión y se perciba únicamente la remuneración, o excepcionalmente, en el caso de los pensionistas asegurados obligatoria y facultativamente, regidos por el régimen del D.L. 19990, se faculta elegir entre la pensión o la nueva remuneración o percibir ambas, pero siempre que no superen el cincuenta por ciento (50%) de la Unidad Impositiva Tributaria vigente⁵⁴¹.

En el presente caso, se parte de la premisa de considerar que “en el sector público, además de la prohibición constitucional de acumular empleos y cargos públicos remunerados y de la regla general de incompatibilidad entre pensión y remuneración, se incorporan otros supuestos que traspasan el parámetro de la contraprestación derivada de una relación laboral (remuneración), y determina que también se produzca incompatibilidad entre la percepción de pensión y los honorarios que se abonan por servicios no personales, asesorías o consultorías”⁵⁴².

⁵⁴¹ La ley 28678, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 3 de marzo de 2006, modifica el artículo 45 del D.L. 19990, en los siguientes términos:

“Artículo 45.- El Pensionista que se reincorpore a la actividad laboral como trabajador dependiente o independiente elegirá entre la remuneración o retribución que perciba por sus servicios prestados o su pensión generada por el Sistema Nacional de Pensiones. Al cese de su actividad laboral percibirá el monto de su pensión primitiva con los reajustes que se hayan efectuado, así como los derechos que hubiera generado en el Sistema Privado de Pensiones, la misma que se restituirá en un plazo no mayor a sesenta (60) días.

Excepcionalmente, el pensionista trabajador podrá percibir simultáneamente pensión y remuneración o retribución, cuando la suma de estos conceptos no supere el cincuenta por ciento (50%) de la UIT vigente...”.

⁵⁴² STCPE N° 03480-2007-PA/TC, Lima, Juan José Medina Morán, de fecha 15 de noviembre de 2007, FJ. 9, <<http://www.tc.gob.pe>>.

En tal sentido, señala el Tribunal Constitucional peruano que a partir de tener en cuenta que el contrato de locación de servicios pactados (relación contractual de carácter civil), que genera la suspensión de la pensión, se encuentra dentro de los alcances temporales de la medida extraordinaria prevista en el Decreto de Urgencia 020-2006, que no es otra que generar ahorro en el gasto público, mediante la reducción de retribuciones y remuneraciones del personal del servicio del Estado así como la restricción en otros rubros de gastos en bienes y servicios, siendo una norma de austeridad, al extender la prohibición de doble percepción inclusive a las retribuciones que se perciben por servicios no personales y por asesoría y consultoría, siendo de carácter temporal o transitoria⁵⁴³, resuelve declarar Infundada la demanda de Amparo.

7.4.3. DERECHO A PENSIÓN

En el acápite anterior se explicó los presupuestos procesales para proteger los derechos constitucionales a la seguridad social y a la pensión (*supra* § 7.2.5.).

Así, el Tribunal Constitucional en la sentencia STCPe N° 01417-2005-AA/TC determinó que el proceso constitucional de Amparo es la vía jurisdiccional adecuada para tutelar el contenido esencial del derecho fundamental a pensión, contenido que comprende: el derecho a acceder a una pensión, a no ser privado de ella y a percibir una pensión mínima vital, por ello, los jueces competentes que conozcan de las demandas de Amparo, para admitir y tramitarlas deben determinar si la demanda busca proteger un derecho del contenido esencial del derecho a pensión o no.

En los casos que se busque la tutela de los derechos comprendidos en el contenido no esencial o adicional del derecho fundamental a pensión el juez competente para conocer las demandas es el juez especializado en lo Contencioso Administrativo. De esta manera, el Tribunal estableció en la sentencia Anicama (STCPe N° 01417-2005-AA/TC) la competencia de los jueces y las vías correspondientes para tutelar el derecho fundamental a pensión, en razón de los derechos vulnerados y el contenido del derecho al que pertenecen.

⁵⁴³ Las medidas extraordinarias establecidas por el Decreto de Urgencia 020-2006 no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa, lo que dependerá, en todo caso, del logro del objetivo, esto es, paliar con medidas efectivas que mejoren la calidad de vida de la población la situación de pobreza que atraviesa un gran sector de peruanos, *vid.* STCPe N° 03480-2007-PA/TC, Lima, Juan José Medina Morán, de fecha 15 de noviembre de 2007, FJ. 13, <<http://www.tc.gob.pe>>.

7.4.4. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SALARIO

Se ha hecho usual en los autores denominar a lo que se paga por el trabajo subordinado con el término de «salario», «remuneración» o «retribución», tratados como sinónimos. Ciertamente las expresiones «remuneración» y «retribución» pueden aplicarse, también, a lo que se paga por trabajos o servicios autónomos o independientes, pero cuando los autores de derecho del trabajo las usan, queda tácito que se refieren a remuneraciones o retribuciones del trabajo subordinado. Estrictamente la denominación más específica, respecto al trabajo subordinado, es la de «salario», porque no es usual aplicarla a lo que se paga por los servicios de trabajadores autónomos o independientes (por ejemplo, a los «honorarios» de los profesionales que actúan como tales, vale decir, que ejercen independientemente su profesión)⁵⁴⁴.

En lo que se refiere a nuestro tema seguiremos la costumbre de tratar las expresiones «salario», «remuneración» o «retribución» como sinónimas.

Desde el punto de vista propio del saber económico, el salario es un rédito o ingreso: el que corresponde al trabajador subordinado por la prestación de su trabajo; de modo semejante a como el «beneficio» es el rédito o ingreso peculiar del titular de una empresa. Es un rédito individual (por oposición al ingreso o rédito nacional) y contractual, esto último por oposición al «beneficio», porque se determina contractualmente y no, como el «beneficio», un rédito residual, que surge “como un residuo después que la empresa ha repartido su recaudación total entre aquellos que ofrecieron capital y aquellos que ofrecieron trabajo”⁵⁴⁵. Es importante retener que se trata de un ingreso o ganancia y no de compensación de un gasto o la reparación de un daño: el ingreso propio del trabajo subordinado.

⁵⁴⁴ López Basanta, Justo: “El salario”, en Néstor de Buena Lozano y Emilio Morgado de Valenzuela (Coordinadores) *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y UNAM, México, D.F., 1997, pág. 445.

⁵⁴⁵ Los economistas, desde su punto de vista, lo consideran fundamentalmente un precio –el precio del trabajo subordinado– aunque un precio con características especiales ya que, por razones éticas, no se admite, normalmente, que quede librado pura y exclusivamente al mercado. Así, analizan, por ejemplo, cómo se forma ese precio en un régimen sin organización sindical y en un régimen con organización sindical. Se distingue el salario nominal, definible como “el flujo de las entradas en moneda que el individuo recibe anualmente deducido cuanto empleado ha gastado para conseguirlo, sumado al valor monetario de las eventuales entradas en especie”, y un salario real que es el “flujo de bienes y servicios que el rédito monetario permite al individuo procurarse anualmente sin que la riqueza originaria (patrimonio originario) quede disminuida”. López Basanta, Justo: “El salario”, *op. cit.*, pág. 446.

La relación de trabajo incluye una amplia variedad de posiciones jurídicas subjetivas: créditos, deudas, «deberes de conducta» poderes, cargas; pero para que una relación jurídica sea caracterizable como relación de trabajo es indispensable que aparezcan en ella dos deberes típicos de prestación: *a)* el de prestar el trabajo subordinado y *b)* el de remunerarlo⁵⁴⁶.

La prestación del trabajo subordinado y la remuneratoria están referidas, una a otra, como prestaciones recíprocas, y por ello se califica a la relación de trabajo como «sinalagmática» o «de cambio», puesto que su tipicidad consiste, precisamente, en el cambio de trabajo subordinado por una retribución o salario. Y cada una de esas prestaciones funciona, por lo tanto, como contraprestación respecto de la otra⁵⁴⁷. Consiguientemente, desde el punto de vista jurídico, el salario es la contraprestación del trabajo subordinado; contraprestación que consiste en un ingreso o rédito o ganancia individual del trabajador.

Es decir, tiene un contenido patrimonial y es, para el trabajador subordinado, una ventaja patrimonial, algo que ingresa a su patrimonio. El concepto jurídico de salario incluye el concepto económico (rédito o ganancia individual). De modo que, por esa inclusión, debe caracterizarse jurídicamente al salario como la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado. Por otra parte, esa relación de reciprocidad o conmutatividad entre el salario y el trabajo subordinado determina el carácter oneroso de la relación de trabajo (y del contrato de trabajo que es su fuente normal), ya que, según Messineo, la onerosidad de una relación jurídica viene de que “cada una de las partes sufre un sacrificio (depauperación) patrimonial (prestación que cumple), al cual corresponde una ventaja (contraprestación que recibe), circunstancia que se da, inevitablemente, en todos los contratos con prestaciones recíprocas (interdependientes)”⁵⁴⁸.

El «carácter alimentario» del salario para la inmensa mayoría –casi la totalidad– de los trabajadores subordinados tiene una muy evidente finalidad de subsistencia: se trabaja para vivir, es decir, para procurarse los bienes y servicios que requiere la vida del trabajador y, si es el caso, su familia. A su vez, los trabajadores subordinados

⁵⁴⁶ En nuestro ordenamiento jurídico se ha señalado que los elementos que conforman la relación laboral son: *a)* la subordinación, *b)* la remuneración y *c)* permanencia.

⁵⁴⁷ López Basanta, Justo: “El salario”, *op. cit.*, pág. 446.

⁵⁴⁸ López Basanta, Justo: “El salario”, *op. cit.*, pág. 447.

constituyen la mayoría de la población económicamente activa de cada país, en la actual organización de la producción. Esas dos circunstancias –necesidad del salario para vivir en la mayoría de la población activa–, hacen que el ordenamiento jurídico reconozca una especial relevancia a la protección del crédito salarial

Obviamente, lo señalado no significa que el salario pueda confundirse con la «cuota alimentaria» que se debe a algunos parientes en ciertas circunstancias, puesto que dicha cuota no es contraprestación del trabajo subordinado y, consiguientemente, no tiene su fundamento en una relación laboral, sino en una relación propia del derecho de familia. Pero ello no quita que el salario tenga en común con la «cuota alimentaria» una finalidad de subsistencia para quien recibe una u otra prestación. De ahí que la remuneración laboral contenga “ciertos elementos alimentarios, aunque no es, desde luego, cuota alimentaria”⁵⁴⁹. Por otra parte, no está de más recordar que hay otras prestaciones –aparte del salario y la cuota de alimentos– que tienen finalidad de subsistencia, como es el caso de los honorarios del profesional independiente o ciertas prestaciones de la seguridad social (jubilaciones, pensiones).

El principio de igualdad o de trato igual, en el derecho del trabajo, excede el ámbito de la remuneración del trabajador: la igualdad en materia de remuneraciones es una manifestación parcial de aquel principio. El principio general se funda en el carácter comunitario de la empresa laboral pues, sostienen, no se concibe una comunidad auténtica cuyos miembros no reciban un trato igual. El principio de trato igual en materia remuneratoria aparece en el artículo 23, inciso 2, como principio de «igual remuneración por igual tarea», de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Y como principio de «igual remuneración por trabajo de igual valor», en el Convenio número 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración entre el personal masculino y el femenino⁵⁵⁰.

Además, en principio, cualquier fuente normativa válida para el ordenamiento puede determinar la remuneración del trabajador, trátase (repetimos: si son fuentes válidas) de una ley, un decreto reglamentario, una resolución administrativa, una sentencia judicial o una norma o cláusula de autonomía privada. Pero si existe un salario mínimo, la autonomía de las partes del contrato de trabajo aparece limitada por la

⁵⁴⁹ López Basanta, Justo: “El salario”, *op. cit.*, pág. 447.

⁵⁵⁰ López Basanta, Justo: “El salario”, *op. cit.*, pág. 449.

imperatividad del mínimo; de modo que esa autonomía sólo puede disponer un salario superior al mínimo. El salario mínimo, a su vez, puede ser un mínimo absoluto, que se suele llamar «vital» y por principio es aplicable a cualquier trabajador; o puede ser un mínimo profesional, aplicable, ya no a cualquier trabajador sin más, sino a determinada categoría o sector de trabajadores.

El derecho del trabajo organiza una múltiple protección para asegurar que el trabajador perciba efectivamente los salarios que se han devengado a su favor, es decir, que ha ganado. Esa intensa protección de la satisfacción (pago efectivo) del salario tiene dos fundamentos básicos: *a)* el carácter alimentario del salario y *b)* la relevancia social que tiene como ingreso del sector más numeroso de la población. Así, se habla de múltiple protección porque ésta comprende⁵⁵¹:

- a)* La protección frente al empleador;
- b)* La protección frente a los acreedores del trabajador;
- c)* La protección a los acreedores del empleador;
- d)* El sistema solidariamente organizado de «garantía de los créditos laborales», en los países en los que se ha organizado tal sistema.

a) Protección frente al empleador

Esta protección se da principalmente para que el trabajador tenga asegurado el pago y el pago íntegro del salario por su deudor, cubierto de cualquier acto del propio trabajador, o del empleador que puedan significar el no cobro o el cobro no íntegro y oportuno del crédito salarial. La legislación suele determinar el pago al trabajador en persona (prohibición de la cesión del crédito salarial), salvo imposibilidad; el pago en la oportunidad conveniente (periodización de los pagos y determinación del plazo de pago de cada periodo) e incluso el lugar y horas de pago; la mora automática al vencimiento del crédito.

Pero más importante todavía, la legislación prohíbe los descuentos, reducciones y compensaciones de los salarios devengados y también el pago mediante «vales» destinados a ser usados en la adquisición de bienes o servicios proveídos exclusivamente por el empleador (*truck system*). No se pueden efectuar descuentos del salario devengado, salvo que la ley los autorice (como por ejemplo las retenciones que

⁵⁵¹ López Basanta, Justo: "El salario", *op. cit.*, págs. 466-469.

deba hacer el empleador para el pago de impuestos a cargo del trabajador, o para aportes del trabajador a la seguridad social u otras que, por circunstancias justificadas, puede la ley admitir).

Tampoco se puede compensar el crédito de salarios con créditos que el empleador tenga contra el trabajador. No es aplicable la compensación llamada «automática» (legal), ni es válida la compensación convencional (por acuerdo de parte, cuando falta algún requisito propio de la legal). La compensación judicial o «reconvencional» sólo es admisible dentro de los límites que la ley fije para la embargabilidad del salario, salvo cuando se trata de daños ocasionados ilícita e intencionalmente por el trabajador, respecto de los cuales la ley puede admitir la retención condicionándola especialmente (por ejemplo la suma retenida debe depositarse judicialmente a lo que resulte del juicio por daños y perjuicios).

No es válida la renuncia total o parcial, por parte del trabajador, al cobro de los salarios devengados (remisión de la deuda). Aunque la ley no lo diga expresamente, la prohibición de la renuncia va implícita en la de descontar, retener o compensar suma alguna sobre el salario devengado.

b) Protección frente a los acreedores del trabajador

Que la ley proteja especialmente al crédito salarial significa que no lo equipara a cualquier otro crédito, sino que, por el contrario, lo hace prevalecer sobre los créditos de los acreedores del trabajador, al prohibir (*rectius*: limitando) el embargo del salario, ya sea absolutamente (hasta cierto nivel salarial), ya sea parcialmente, es decir, al admitir que el salario sea embargable solamente en un determinado porcentaje.

c) Protección contra los acreedores del empleador

Esta protección rige en el caso de concurso del empleador. En tal supuesto, como el conjunto de los acreedores puede ejecutar colectivamente y repartirse el resultado de esa ejecución, el pago del crédito salarial podría resultar incompleto, tanto en la hipótesis de una distribución igualitaria como en la de existencia de otros créditos privilegiados. Para excluir –o eventualmente limitar– esa reducción, la legislación organiza un sistema de privilegios para el salario, ya generales, ya especiales, y así también, al menos en cierta medida, se hace prevalecer el crédito por salarios contra el empleador, respecto a los créditos de otros acreedores.

d) *El fondo de garantía*

En diversos países se ha reglamentado legalmente el «fondo de garantía de créditos laborales»⁵⁵², constituido de contribuciones impuestas a los empleadores. El objeto del fondo es el pago (por lo menos hasta cierto límite relacionado con la financiación del sistema) de los créditos laborales, en la forma más rápida posible cuando hay imposibilidad de pago por el empleador, declarada judicialmente.

En caso de concurso la declaración la hace el juez del concurso; si no hay concurso, la declaración la hace el juez con competencia laboral que interviene en la acción promovida por el trabajador para cobrar sus créditos, si hay cosa juzgada material sobre la exigibilidad de los mismos, liquidación judicial firme de los respectivos importes, intimación de pago sin resultado, fracaso del embargo ejecutivo y declaración jurada del acreedor en cuanto a su desconocimiento de que existan otros bienes sobre los cuales efectuar la ejecución. Esos requisitos son concurrentes. El trámite de la garantía se hace con intervención del organismo que administra el «fondo».

e) *Límites a la protección: prescripción y caducidad*

La protección del pago del salario no es absoluta: por de pronto, puede haber, como quedó explicado, un porcentaje de embargabilidad; además, los privilegios no excluyen necesariamente la existencia de algún otro privilegio de rango superior, y la garantía dada por el fondo puede tener un límite. Pero aparte de todo esto el vencimiento del plazo de prescripción impuesto por el ordenamiento constituye un límite general. En algunos ordenamientos puede haber un límite en la caducidad de la acción, por un plazo o sin él. Algún ordenamiento autoriza a hacer reclamaciones contra actos del empleador hasta después de la extinción del vínculo laboral, pero siempre que la reclamación se efectúe dentro de un plazo (que, por lo tanto, es de caducidad)⁵⁵³. En

⁵⁵² El fondo de garantía de los créditos laborales en nuestro país se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N° 856, Precisan alcances y prioridades de los créditos laborales, (04/10/1996).

⁵⁵³ En nuestro ordenamiento jurídico para exigir el pago de beneficios sociales es de 4 años de extinguido el vínculo laboral, de conformidad a lo establecido en la Ley N° 27321, Artículo 1, y de conformidad a lo establecido en la STCPe N° 04272-2006-AA/TC, Lima, Mayfor Luis Roncal Salazar, de fecha 12 de noviembre de 2007, FJ. 7, <<http://www.tc.gob.pe>>.

el derecho alemán se admite la *Verwirkung* (semejante al *stoppel* del derecho anglosajón)⁵⁵⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, siguiendo las líneas doctrinales sobre la remuneración, y lo dispuesto por nuestra Constitución, ha establecido que la remuneración ostenta el estatus de derecho fundamental y que “[E]l artículo 24° de nuestra Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio –derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana. Así tenemos como consecuencias de este derecho: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servicio de calculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones trucas, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales”⁵⁵⁵.

Asimismo, la remuneración en el plano internacional guarda igual coherencia y relación con lo recogido en el artículo 23, numeral 2 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 23

(...)

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y

⁵⁵⁴ La *Verwirkung* de la jurisprudencia alemana reúne tres ideas: la del retraso en el ejercicio del derecho, la de una conducta contradictoria (*venire contra factum proprium*) y la de infracción contra la buena fe (Boehmer). Se trata de la buena fe-confianza, pues, explica Larenz, la caducidad de un derecho ocurre, en general «por su no ejercicio durante largo tiempo cuando a través de esa inacción la otra parte puede llegar a la justa convicción de que su titular no lo utilizará más». Según Boehmer, es un caso de *ius aequum* (por oposición al *ius strictum*), en el que el valor justicia no se opone al valor seguridad sino que se legitima, a la vez, por la justicia y la seguridad.

⁵⁵⁵ STCPe N° 04922-2007-PA/TC, Lima, Sindicato Nacional de Trabajadores de SUNAT/Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas, de fecha 18 de octubre de 2007, FJ. 6, <<http://www.tc.gob.pe>>.

que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 7 ha señalado con respecto a este derecho:

Artículo 7:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
- i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
- (...)

Además, el Convenio OIT N°. 100, sobre la igualdad de remuneración establece en su artículo 2.1 lo siguiente:

Artículo 2

- 1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

De conformidad a la normatividad internacional citada, el Tribunal Constitucional, ha señalado que los tratados de Derechos Humanos referidos garantizan que la remuneración como retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación, ni ser objeto de recorte, ni de diferenciación, como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo. En efecto, se prohíbe y queda vedado cualquier trato discriminatorio e irracional que afecte el derecho a la remuneración como derecho fundamental de la persona humana⁵⁵⁶.

Está prohibido que el empleador, sea el Estado o un particular, retenga una parte de la remuneración sin que exista un acto jurídico válido o norma jurídica que lo autorice, ya sea proveniente de un acuerdo entre empleador trabajador, de una negociación colectiva, de una decisión jurisdiccional o arbitral, siempre que dichos actos jurídicos y jurisdiccionales sean respetuosos de los principios de irrenunciabilidad de los derechos laborales, el derecho de igualdad, de eficacia de la remuneración, de aportes a la seguridad social, entre otros.

⁵⁵⁶ STCPe N° 04922-2007-PA/TC, Lima, Sindicato Nacional de Trabajadores de SUNAT/Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas, de fecha 18 de octubre de 2007, FJ. 8, <<http://www.tc.gob.pe>>.

7.4.5. REFLEXIÓN FINAL

En nuestro ordenamiento constitucional, el derecho al trabajo y el derecho a la pensión son reconocidos como derechos constitucionales. En ese ámbito y como manifestación de ellos, el derecho a una remuneración garantiza a los trabajadores la percepción de un monto monetario por el trabajo realizado, a obtener un ingreso económico que procure su existencia como a la de su familia, no es menos cierto que cuando el trabajador cesa en su trabajo, el Estado garantiza, a través de la seguridad social en pensiones, la percepción de este ingreso económico, pero ya no en la condición de remuneración, sino en la modalidad de pensión.

Como se ha podido desprender de lo señalado anteriormente, el trabajador tiene como única fuente de riqueza su fuerza de trabajo, y éste la utiliza con el fin de procurar los medios adecuados para vivir. Así, tanto la remuneración como la pensión tienen claramente una naturaleza alimenticia, garantizan la concreción de la dignidad humana en la medida que aseguran una calidad de vida al propio trabajador como a su familia, de ahí que la remuneración y la pensión, como claramente señala la Constitución debe tener las características de ser equitativa y suficiente, que procure para él y la familia bienestar material y espiritual, de modo que la única forma de concretizar estos fines es que la capacidad adquisitiva de la remuneración y de la pensión siempre sean proporcionales a los bienes y servicios que se requieren o necesitan para gozar de bienestar material y espiritual.

Por otro lado, si bien en nuestro ordenamiento constitucional se ha prohibido la acumulación de los servicios prestado en el régimen de la actividad privada con el régimen público y viceversa, asimismo a nivel constitucional y legal se ha regulado que el servicio o el trabajo prestado en el sector público es a tiempo completo, salvo en lo que concierne al ejercicio de la docencia, existe como regla general, que la percepción, por parte del Estado, de una remuneración y una pensión se encuentra prohibida. A esta regla existen algunas excepciones, pero que la finalidad principal es evitar y progresivamente eliminar la percepción de una remuneración y una pensión del Estado. En la medida que se afecta gravemente el presupuesto del Estado y no se lesiona los fines alimentarios de la remuneración o de la pensión, ya que el trabajador o pensionista, ha de contar con un ingreso económico para vivir; previniendo únicamente

que el monto económico que perciba el trabajador o pensionista le asegure la obtención de los medios necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, es decir que le garantice una calidad de vida.

La prohibición, por ejemplo en el sector público de percibir una pensión y una remuneración se adapta a nuestro ordenamiento constitucional, figura que no resulta del todo aplicable en el sector privado, ya que, por ejemplo, una persona que ha laborado para el Estado y goza de una pensión y se dedica a una actividad laboral desarrollando un trabajo no subordinado, no se podría suspender su pensión, en la medida que esta persona al no desarrollar un trabajo no subordinado no se encuentra en una relación laboral que pueda dar origen a obligaciones de naturaleza social o previsional, en tanto está ejerciendo derechos como la libertad de trabajo (positivo), de empresa, entre otros.

En los casos que sea pensionista, si bien del Sistema Nacional de Pensiones o del Sistema Privado y es contratado por un empresa no estatal, cumpliéndose fácticamente una relación laboral, nos parece que suspender la pensión sin dejar la posibilidad de que el trabajador pueda percibir un monto proporcional o equivalente entre ambos ingresos, es limitar y condicionar el derecho a un ingreso suficiente.

Ahora bien, la suspensión en todo caso se explica en la medida que exista de por medio el pleno reconocimiento del contrato de trabajo, y se realicen los descuentos o pagos correspondientes al sistema de pensiones respectivo, de lo contrario, si se suspende la pensión pero los nuevos aportes que genere, así como el tiempo y los montos aportados para tomar en cuenta el cálculo de la pensión cuando el trabajador se jubile, no se tomen en cuenta, el trabajador al momento de su jubilación no se verá favorecido con los nuevos ingresos que generó durante el tiempo que trabajó.

Finalmente, a modo de resumen, es importante señalar que dentro del Estado está prohibido percibir pensión y jubilación al mismo tiempo, en el régimen privado si no existe trabajo subordinado no procedería la suspensión de la pensión, en cambio de existir contrato de trabajo se procedería a suspender la pensión, quedando la posibilidad de que se perciba ambas siempre que no supere los límites establecidos en la Ley. Estos ámbitos, de goce de pensión y de remuneración pertenecen, claro está, a los derechos incondicionados.

7.5. LA PRESTACIÓN DE SALUD DE LA SEGURIDAD SOCIAL. REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL STCPE N° 09600-2005-PA/TC

7.5.1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En el presente caso trataremos la seguridad social, como institución y como derecho subjetivo y la prestación de salud como derecho a la salud⁵⁵⁷. Así, se puede iniciar indicando, la seguridad social antes que un derecho individual subjetivo, es una institución jurídica, política cultural. La seguridad social si bien como derecho público subjetivo es reconocida y propiamente nace con el Estado Social de Derecho, constituyéndose en su principal característica, a tal modo de señalar que no existir Estado Social de Derecho sin la existencia de un sistema de seguridad social (*Supra* § 5.3.1.). La categorización como derecho subjetivo se entiende por el reconocimiento a los ciudadanos de la titularidad de esta institucionalidad, de tal modo que se reconoce y se otorga las garantías debidas a los ciudadanos para la protección y defensa de las contingencias ocasionadas en la sociedad.

Para el desarrollo del presente tema, resulta relevante, dentro del variopinto de sentencias existentes en nuestro ordenamiento jurídico emitidas por el Tribunal Constitucional peruano, la STCPE N° 09600-2005-PA/TC⁵⁵⁸, donde se produjo la afectación del derecho a la seguridad social por haberse recortado arbitrariamente a la demandante el acceso a las prestaciones de salud a las que tenía derecho como cónyuge del codemandado.

El Tribunal Constitucional señala en el presente caso que el derecho a la salud ha sido vulnerado por haberse constatado que la recurrente requiere acudir al Hospital periódicamente para continuar un tratamiento y a la vez necesita de una intervención

⁵⁵⁷ Vid. AA.VV.: *La salud peruana en el siglo XXI. Retos y propuestas de política*, Juan Arroyo editor, Consorcio de Investigación Económica y Social, DFID-Ministerio Británico para el Desarrollo Internacional, Proyecto POLICY, Lima, 2002, 412 págs.; Álvarez Vita, Juan: *El derecho a la salud como derecho humano*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1994, 134 págs.; y, Defensoría del Pueblo: *Camino al Aseguramiento Universal en Salud (AUS). Resultados de la supervisión nacional a hospitales*. Serie Informes Defensoriales-Informe Defensorial N° 161, Lima, 2013, 223 págs., incluye cuadro de anexos.

⁵⁵⁸ STCPE N.° 09600-2005-PA/TC, Moquegua, Rosana Francisca Podestá Torres, de fecha 11 de diciembre de 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>. En esta sentencia el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de Amparo interpuesta por doña Rosana Francisca Podestá Torres contra Southern Perú Cooper Corporation y contra don Víctor Hugo Manchego Arias por vulnerar su derecho a la seguridad social y el derecho a la salud.

quirúrgica, por lo que considera que se afectó el estado de salud de la demandante en tanto estas enfermedades debieron ser atendidas por la entidad empleadora⁵⁵⁹.

Se trata de un caso de seguridad social en salud, de conformidad al artículo 1 de la Ley 26790 –Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud– y sobre el derecho a la salud, para lo cual nos limitaremos a analizar la prestación de salud la seguridad social y en concreto el derecho a la salud.

7.5.2. DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL DERECHO A LA SALUD

Hemos indicado que la seguridad social antes que un derecho subjetivo individual, es una institución jurídica, política y cultural que se genera en un contexto determinado y ante unas condiciones particulares. De tal modo, su organización y funcionamiento siempre va a estar acompañada de los elementos constitutivos de su creación.

La seguridad social, su institucionalidad, se genera como una respuesta a las situaciones de crisis económica-social y de la precariedad de vida de los trabajadores y de sus familiares en el siglo XIX⁵⁶⁰ con los aportes del seguro social del Canciller Otto von Bismarck⁵⁶¹, para luego ya en siglo XX, con el Plan Beveridge, elaborado por William Beveridge para destruir a los “cinco gigantes causantes de los males sociales: la indigencia, las enfermedades, la ignorancia, la falta de higiene y la desocupación»⁵⁶².

A partir de la segunda mitad del siglo XX, después de terminada la Segunda Guerra Mundial, la seguridad social, a partir de los aportes hechos en las décadas anteriores y del siglo anterior, viene a estar compuesta de diferentes elementos a saber: *a)* el seguro social, *b)* la asistencia social, *c)* las prestaciones que se financian con cargos a los ingresos generales del Estado, *d)* las prestaciones familiares y *e)* los fondos de previsión; y *f)* que deben relacionarse con las prestaciones complementarias de los empleadores; por ejemplo, la indemnización de los trabajadores en caso de accidente o

⁵⁵⁹ STCPE N° 09600-2005-PA/TC, Moquegua, Rosana Francisca Podestá Torres, de fecha 11 de diciembre de 2006, FJ. 54, 2do. párrf., <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁶⁰ Ello no significa que en los siglos anteriores el ser humano no se haya preocupado por su seguridad y bienestar, todo lo contrario, ha sido una preocupación constante del ser humano desde su aparición en la tierra protegerse a si mismo, a los miembros de su grupo o clan, ya sea de la naturaleza, de los animales o de otros grupos humanos, *vid.* Oficina Internacional del Trabajo: *Principios de la seguridad social*, N° 1, “Manuales de seguridad social del Departamento de Seguridad Social de la OIT”, 1ª. edición, Ginebra, 2001, OIT, pág. 1.

⁵⁶¹ *Cfr.* Rodríguez Mancini, Jorge: *Curso del derecho del trabajo y de la seguridad social*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2004, pág. 713.

⁵⁶² Rodríguez Mancini, Jorge: *Curso del derecho del trabajo y de la seguridad social*, *op. cit.*, pág. 720.

enfermedad de origen laboral y otros programas complementarios que se han desarrollado en torno a la seguridad social⁵⁶³.

En este marco, los convenios de la OIT relativos a la seguridad social guardan gran importancia para tener en cuenta los contenidos y las garantías de la seguridad social. Así, el Convenio 102⁵⁶⁴, relativo a las normas mínimas de la seguridad social, adoptado en la Sesión de la Conferencia N° 35, realizada el 28 de junio de 1952, vigente desde el 27 de abril de 1955, ocupa un lugar especial en el desarrollo y expansión de la seguridad social. Este Convenio contempla un mínimo de prestaciones de la seguridad social y con ella establece los contenidos mínimos de la seguridad social: *a)* asistencia médica preventiva o curativa, *b)* prestaciones monetarias de enfermedad, *c)* prestaciones de desempleo, *d)* prestaciones de vejez, *e)* prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, *f)* prestaciones familiares, *g)* prestaciones de maternidad, *h)* prestaciones de invalidez, *i)* prestaciones de sobrevivientes.

La seguridad social es una institución reconocida a nivel mundial. Está reconocida en las declaraciones de Derechos Humanos⁵⁶⁵ así como en las Constituciones. En nuestro ordenamiento constitucional la seguridad social está regulada en los artículos 10, 11, 12, Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

La seguridad social, como institución, garantiza que los ciudadanos cuenten con instituciones y organismos adecuados para llevar adelante sus programas o prestaciones, como son los centros de salud o las entidades administradoras de pensiones, o la habilitación o administración financiera de los recursos de la seguridad social, por un lado, y por otro, una normatividad tendiente a la concretización de las prestaciones de la seguridad social, así como la existencia de mecanismos de control y de eficacia de

⁵⁶³ Oficina Internacional del Trabajo: *Principios de la seguridad social*, *op. cit.*, pág. 10.

⁵⁶⁴ Este Convenio fue ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 13284, el 23 de agosto de 1961.

⁵⁶⁵ En nuestro continente: Artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este Pacto fue ratificado por el Estado peruano el 28 de abril de 1978. Artículo 26 del "Pacto de San José de Costa Rica". El "Pacto de San José de Costa Rica" fue firmado por el Estado peruano el 27 de julio de 1977 y ratificado el 12 de julio de 1978. Artículo 9, inciso primero del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador". El protocolo fue firmado por el Estado peruano el 17 de noviembre de 1988 y ratificado el 4 de junio de 1995. El Protocolo entró en vigencia a partir del 16 de noviembre de 1999.

dichas prestaciones. La seguridad social es la institución que garantiza que las prestaciones de asistencia médica, de vejez, de accidentes de trabajo, de sobrevivientes, entre otras, se concreten y sean a la vez eficaces mecanismos de defensa de los estados de necesidad y con ellos de las contingencias.

Por ello, si bien la seguridad social es concebida como la institución tendiente a proteger al ser humano de los estados de necesidad, contingencias sociales actualizadas, no es menos cierto que uno de los principales problemas que se ha planteado en torno a su eficacia ha sido el referido a la disponibilidad económica y, de otro lado, vinculado a la anterior, la existencia de una estructura institucional capaz de otorgar las prestaciones, contenidas por ejemplo en el Convenio 102 de la OIT. A estos dos factores, se suma la consideración de la seguridad social, en particular de sus prestaciones, así como de los derechos sociales en general, que para su concretización y para su tutela jurisdiccional se requiere que el legislador previamente haya configurado el contenido en la Constitución o en las normas de los Tratados de Derechos Humanos.

Sobre el particular, primero detengámonos brevemente en las consideraciones de tipo económicas. Ha sido una constante afirmar que los derechos sociales, con ellos la seguridad social ya como derecho, ya como institución, requiere para su eficacia la existencia de recursos económicos que solventen su financiamiento (*supra* § 5.1.3.). De tal manera, se ha afirmado que mientras no se cuente con los medios adecuados para la prestación de asistencia médica, o de sobrevivientes por ejemplo, no se podrán concretizar, en tanto el Estado no cuenta con los recursos suficientes para financiar la construcción de mayores centros de salud, de formar mayores profesionales, de dotar mejores y más medicamentos, tratamientos, de fortalecer el sistema de seguridad social, entre otros.

Para concretizar los contenidos prestacionales de los derechos sociales se requiere entender a los derechos sociales como derechos fundamentales, obligatorios, y que tanto el Estado como los entes llamados a respetarlos se encuentran vinculados a su cumplimiento o ejercicio. Por otro lado, si bien el ejercicio de los derechos sociales no dependen solamente de la disponibilidad económica (*supra* § 5.3.2.), sino que también tiene contenidos que se protegen con medidas abstencionistas como son por ejemplo no legislar en contra de la salud o de la seguridad social, así como de evitar programas de salud que atenten o agraven la salud, o como por ejemplo despedir injustificada o

arbitrariamente a un trabajador, o por ejemplo en la sentencia que se comenta, el impedir el acceso a la prestación de atención médica, a estar incorporada en el sistema de seguridad social o a retirarle o privarle de las atenciones médicas, etc.

Los derechos sociales, dentro de ellos la seguridad social en sus dos vertientes y el derecho a la salud pueden ser protegidos y tornarse eficaces a través de medidas positivas, con intervención del Estado o de las entidades privadas responsables como por ejemplo en la construcción de centros de salud, la formación de profesionales, en la atención médica, etc., o a través de medidas negativas como son la no dación de leyes que atenten la salud, así como la prohibición de implementar medidas nocivas para la salud o de adoptar políticas contrarias a ella⁵⁶⁶.

7.5.3. DE LA SENTENCIA

En el presente caso, el Tribunal Constitucional peruano al constatar que el demandado había recortado arbitrariamente a la demandante el acceso a las prestaciones de salud a las que tiene derecho como cónyuge del codemandado, ampara la demanda por la afectación del derecho a la seguridad social. Este fundamento del Tribunal puede ser entendido en la medida que ante la afectación de uno de los contenidos de la seguridad social, o prestaciones de la misma, atención médica, se llega a vulnerar la seguridad social en tanto como institución esta creada para proteger a la persona de las contingencias y para elevar su calidad de vida, en el presente caso el demandado y el codemandado han hecho todo lo contrario, privaron a la demandante de la protección y salvaguarda de su salud, impidiendo que se siga atendiendo y de que cuente con un sistema de seguridad que la proteja ante cualquier contingencia social.

Por otro lado, se declara fundada la demanda también por la afectación al derecho a la salud, el Tribunal señala que la afectación se ha producido en tanto se ha constatado que la recurrente estaba recibiendo un tratamiento médico y que iba a ser intervenida quirúrgicamente, de tal manera el demandado al negarle dicho tratamiento e intervención quirúrgica se ha afectado el derecho a la salud, en tanto esto ponía en peligro el bienestar psico-somático de la recurrente que podía conllevar a un estado grave de su vida o a la pérdida de la misma.

⁵⁶⁶ Vid. Chávez Rabanal, Mario G.: "Contenido constitucional del derecho fundamental a pensión", *op. cit.*, págs. 98-105.

Es de tener en cuenta que el demandado actuó de tal forma por petición del codemandado (cónyuge de la recurrente) que por razones de un divorcio en trámite, alegaba que la protección que le otorgaba la seguridad social y la prestación de atención médica ya no le corresponderían a la recurrente. Como acertadamente señala el Tribunal Constitucional peruano, la seguridad social y el derecho de la salud no son potestativos de una persona natural o jurídica, no se puede disponer de ella y dejar de reconocerlas a terceros, en tanto estas “prestaciones no se derivan de una facultad que nace del vínculo laboral, sino de la obligación de asistencia que le impone la colectividad en virtud, principalmente, del principio de solidaridad, inmanente a la seguridad social, y cuyo fundamento proviene directamente de la Constitución”⁵⁶⁷. De tal forma, la seguridad social como institución garantiza que los ciudadanos cuenten con entidades y programas destinados a protegerlos de las contingencias y a elevar su calidad de vida, y por otro lado, como derecho subjetivo, ser titulares de las prestaciones de la seguridad social y se tornen exigibles jurisdiccionalmente ante los órganos competentes. La salud como derecho fundamental, protege a la persona de cualquier deterioro de su composición psico-somática, tutelable ya a través de medidas positivas o negativas, conforme se indicó líneas arriba.

⁵⁶⁷ STCPE N.º 09600-2005-PA/TC, Moquegua, Rosana Francisca Podestá Torres, de fecha 11 de diciembre de 2006, FJ. 22, <<http://www.tc.gob.pe>>.

CAPÍTULO VIII

LA TUTELA JURISDICCIONAL Y LOS DERECHOS SOCIALES DE CONTENIDO PRESTACIONAL CONDICIONADO

8.1. DERECHO A PENSIÓN: REAJUSTE PENSIONARIO

En la Constitución de 1993, de forma expresa y taxativa, la Segunda Disposición Final y Transitoria establece que los aumentos, incrementos, reajustes o nivelación de las pensiones se realizarán teniendo en cuenta la disponibilidad económica y financiera de la nación (previsiones presupuestarias y a las posibilidades de la economía nacional). Asimismo, la Undécima Disposición Final de la Constitución establece que las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos (como pueden ser las disposiciones que regulan los derechos sociales) se aplican progresivamente.

En el mismo nivel normativo, pero en el Título I, de la Persona y de la Sociedad, de la Constitución, el Artículo 10 señala, también de forma expresa y taxativa, el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social (comprende el derecho a la pensión⁵⁶⁸), para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida. De lo cual, en primer lugar, podemos notar que el constituyente ha establecido el sistema de seguridad social como

⁵⁶⁸ De conformidad al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 102, las prestaciones que otorga la seguridad social son las siguientes: *a) asistencia médica, b) prestaciones monetarias de enfermedad, c) prestaciones de desempleo, d) prestación de vejez, e) prestaciones familiares, f) prestaciones de maternidad, g) prestaciones de invalidez y h) prestaciones de sobrevivientes.*

un mecanismo de proteger a la persona humana de las contingencias y para elevar la calidad de vida, pero todo ello se hará teniendo en cuenta las posibilidades económicas de la nación y de forma progresiva, entonces, nos preguntamos, ¿Cuál es el criterio adecuado para interpretar estas disposiciones constitucionales, a fin de dotar plena eficacia jurídica a los derechos sociales, en el caso particular de derecho a pensión, teniendo en cuenta como elemento de análisis el incremento o reajuste pensionario? Como respuesta a esta interrogante señalamos las siguientes:

- a) Como de forma expresa se prohíbe los reajustes pensionarios que no cuenten con presupuesto que lo sustente, la protección frente a las contingencias y la elevación de la calidad de vida, que implique o requiera hacerse mediante un reajuste pensionario que no cuente con una previsión presupuestaria no se podrá realizar en términos de reajuste o incremento pensionario, justamente por falta de previsión presupuestaria que lo sustente.

En relación a ello, si no hay disponibilidad financiera, la protección frente a las contingencias y la elevación de la calidad de vida, se tendrá que manifestar o hacer en términos no financieros o monetarios (reajuste), dado que no se puede dejar de optimizar el derecho reconocido en el Artículo 10 de la Constitución.

Ante ello, cabe preguntar ¿es posible proteger a la persona de las contingencias y elevar la calidad de vida, al margen o independientemente del monto pensionario y de la capacidad adquisitiva de la pensión (entendida como la percepción regular y fija de una suma dineraria)?

- b) La respuesta a esta interrogante es afirmativa, ya que la protección frente a las contingencias y la elevación de la calidad de vida se puede realizar por medios diferentes a los netamente monetarios. Sobre este punto, entonces, no reviste mayor problema lo que prescribe la Segunda y Undécima Disposición Final y Transitoria⁵⁶⁹ y el Artículo 10 de la Constitución. A pesar de que no exista disponibilidad financiera, por

⁵⁶⁹ Y esto es aplicable en general a cualquier cláusula expresa o implícita que ponga límites presupuestales al ejercicio de los derechos fundamentales, en tanto se sustente en la afirmación de poner en peligro la “estabilidad” económica y financiera de la nación.

otros medios distintos (cualitativos) se puede proteger al pensionista de las contingencias y elevar su calidad de vida. Claro está, esto se aplica en relación al contenido abstencionista e incondicionado del derecho a pensión, los mismos que no requieren de actuaciones prestacionales (*supra* § 6.6.1.).

Pero, que sucede con el contenido prestacional condicionado del derecho a pensión, que en nuestro caso se traduce en el incremento o reajuste monetario de la pensión y la falta de previsión presupuestaria y financiera para dicho reajuste.

- c) La respuesta es única, la eficacia jurídica del contenido prestacional condicionado del derecho a pensión, como por ejemplo es el reajuste, se manifiesta en dos planos, primero en delinear de que este reajuste pensionario pertenece al contenido esencial del derecho a pensión⁵⁷⁰, y como tal resulta vinculante en primer lugar al Estado para que regule los mecanismos de otorgamiento de reajustes, es decir, establezca la institucionalidad para su eficacia. Y, en segundo lugar, la tutela jurisdiccional en sede constitucional tanto en los procesos constitucionales orgánicos, como el Proceso de Inconstitucionalidad, que opera cuando el legislador no implemente la institucionalidad, se le requiere para que cumpla con dicha función, no solo estatal, sino principalmente de eficacia del derecho social a pensión.

Y de otro lado, en la tutela jurisdiccional constitucional de la libertad, cuando la pensión, en concreto el monto pensionario sea irrisoria o de una capacidad adquisitiva insignificante que no le permita al titular del derecho adquirir los medios necesarios para su vida (no le proteja de las contingencias), y esto se evidencia, en aquellas personas que tienen un alta edad, que padecen alguna enfermedad grave o sufren alguna incapacidad, o que tienen a su cargo una familia que depende exclusivamente de esta pensión para vivir, o que el monto pensionario sea menor a la pensión mínima vital que debe de estar vinculada de forma directa a la remuneración mínima vital.

⁵⁷⁰ *Vid.* Chávez Rabanal, Mario G.: “Contenido constitucional del derecho fundamental a pensión”, *op. cit.*, págs. 277 y ss.

- d) El contenido prestacional condicionado del derecho a pensión, como es el reajuste pensionario, tiene plena eficacia jurídica, en razón de ello, se puede utilizar los mecanismos procesales de la jurisdicción constitucional orgánica como de la libertad para ser tutelado. Si no tendría esta eficacia jurídica, estos medios o remedios procesales no podrían ser puestos en marcha.
- e) Con ello, se tiene un fundamento mayor, que el tan solo hecho de defender su eficacia jurídica en la consideración de que estos derechos sociales condicionados tienen eficacia jurídica por el solo hecho de estar reconocidos o positivizados en la Constitución. A este argumento, que si bien, reconoce su naturaleza jurídica, inmediatamente se ha precisado que son de eficacia jurídica diferida o que constan en disposiciones heteroaplicativas o normas programáticas.
- f) Por el contrario, con la postura que sostenemos en la presente investigación, esta eficacia jurídica no es diferida, indirecta, mediata, heterónoma, programática, etc., sino que es una eficacia jurídica directa y exigible jurisdiccionalmente tanto en sede ordinaria como constitucional, en esta última en sus dos manifestaciones: orgánica y de la libertad.
- g) La eficacia jurídica del derecho a pensión, en concreto de su contenido prestacional como es el reajuste pensionario, cuando requiera de una previsión presupuestaria, de la posibilidad de la economía nacional o un gasto público, tendrá eficacia jurídica, es decir, será exigible jurisdiccionalmente y tramitado en un proceso constitucional de forma directa ya sea para otorgar una prestación de forma directa ante una urgente necesidad (*supra c, in fine*) o para establecer la institucionalidad para su goce (*supra c*).

8.2. EL DERECHO AL AUMENTO DE LAS REMUNERACIONES DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO

En la misma dirección del reajuste pensionario como derecho prestacional condicionado, tenemos los reajustes de la remuneraciones. Estos reajustes de remuneraciones, para el régimen laboral privado tiene un punto de partida en la remuneración mínima vital, que en Perú asciende a la suma de Setecientos Cincuenta y

00/100 Nuevos Soles (S/. 750.00)⁵⁷¹, y los incrementos remunerativos se hacen en razón de las fuerzas del mercado, de la oferta y la demanda laboral, o de los acuerdos y convenios que celebre el trabajador con el empleador, este es un tema que se deja en el ámbito de las relaciones laborales entre trabajador y empleador, los mismos que por supuesto no pueden ser menores a la remuneración mínima establecida por el Estado. En estos casos, cuando se incumpla un derecho relativo a la remuneración pactada, se puede obtener tutela urgente mediante los procesos laborales, y los reajustes sino hay convenio de por medio, se protege con las garantías sociales o participación organizada de los trabajadores, o sino con la oferta laboral del mercado. Estas prestaciones se refieren por ende a las relaciones jurídicas entre particulares.

En cambio el régimen público laboral se ha impuesto topes a la remuneración que pague el Estado, y este tope está definido por la remuneración que perciba el jefe de Estado, el Presidente de la República. En este caso, los asuntos relativos al aumento de las remuneraciones de los trabajadores estatales si bien pasa por un acuerdo entre trabajadores y autoridades, hay un elemento a tener en cuenta, este elementos es la disponibilidad económica para otorgar dichos aumentos remunerativos.

El aumento está vinculado, de forma directa, a la disponibilidad económica del Estado. Para estos efectos, cuando se trata de un aumento o reajuste remunerativo se está ante la condición de contar con un presupuesto partida económica que lo avale. A esto es lo se ha denominado contenido prestacional condicionado, prestación porque el derecho se manifiesta en una prestación, en este caso aumento de remuneración, y condicionado porque está sujeto a la existencia de una partida presupuestaria que la respalde.

El derecho al incremento, reajuste o aumento de la remuneración, se ha indicado que no tienen eficacia jurídica, en tanto es un derecho prestacional condicionado. Esta afirmación es relativamente cierta, es correcto en la medida que no se puede requerir jurisdiccionalmente al Estado para que maneje el presupuesto de la nación. Esta no es una función de los jueces, pero si del Legislativo la aprobación y del Ejecutivo en velar por su cumplimiento o respeto del presupuesto. Cuando en la ley del presupuesto se

⁵⁷¹ Su equivalente en dólares asciende a la suma \$. 268.2750, tipo de cambio de \$. 2.79, a la fecha 13 de agosto de 2013. La remuneración mínima vital fue establecida mediante Decreto Supremo 007-2012-TR, publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de mayo de 2012 y entró en vigencia desde el 6 de junio de 2012.

haya dispuesto el aumento de las remuneraciones, entonces jurisdiccionalmente los jueces podrán tutelar estos derechos sociales.

Figura similar se presenta cuando las leyes de los sectores o instituciones del Estado, estipulen lo mismo, es decir las leyes de las distintas instancias del Estado reconozcan que se aumente, nivel u homologue la remuneración de un trabajador, servidor o funcionario del Estado. En estos casos, el propio legislador ha dispuesto la nivelación o aumento, para tales efectos esta ley, como las demás leyes han de ser cumplidas y respetadas tanto por el propio Estado como por las personas.

En este caso, el derecho a la nivelación, aumento u homologación de la remuneración se hace en cumplimiento de ley, mandato que debe ser ejecutado por el Estado, habilitando las partidas presupuestarias. Con ello, el derecho al aumento de la remuneración si bien mantiene su naturaleza de ser un derecho prestacional, su condición está cumplida por la propia ley que autoriza su otorgamiento, como por la obligación del Ejecutivo de garantizar el cumplimiento y ejecución de las leyes.

En tal supuesto, si se incumple un mandato como este, las vías jurisdiccionales se habilitan para garantizar este derecho social prestacional.

a) NIVELACIÓN DE LAS REMUNERACIONES DE LOS JUECES DEL PODER JUDICIAL

Un claro ejemplo de lo que estamos hablando es la nivelación de las remuneraciones de los jueces con las remuneraciones de los Vocales Supremos, donde el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional ordenaron que se procede con esta nivelación (STCPE N° 03919-2010-PC/TC, de fecha 11 de setiembre de 2012)⁵⁷².

Como fundamentos centrales de la nivelación de las remuneraciones tenemos:

“5. En puridad lo que los demandantes pretenden es el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 186, inciso 5, literal b) del D.S. N° 017-93-JUS, Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual establece que *«el haber de los Vocales Superiores es del 90% del total que perciben los Vocales de la Corte Suprema; el de los Jueces Especializados o Mixtos es del 80%; el de los Jueces de Paz Letrados es del 70%, y 55% el de los Secretarios y Relatores de Sala, referidos también los tres últimos porcentajes al haber total de los Vocales de la Corte Suprema»*⁵⁷³.

“12... La nivelación establecida en el artículo 186, inciso 5, literal b) del D.S. N° 017-93-JUS no puede pues ser modificada por una resolución legislativa o una resolución

⁵⁷² STCPE N° 03919-2010-PC-TC, Lambayeque, Juan Peralta Cueva y otros, de fecha 11 de setiembre de 2012, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁷³ STCPE N° 03919-2010-PC-TC, Lambayeque, Juan Peralta Cueva y otros, de fecha 11 de setiembre de 2012, FJ. 5, <<http://www.tc.gob.pe>>.

administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que limiten el alcance de la nivelación solo a unos conceptos y no a otros...»⁵⁷⁴.

“13. Por otro lado, tampoco es atendible el argumento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en el sentido que el referido beneficio homologatorio dispuesto por el artículo 186, inciso 5, literal b) del D.S. N° 017-93-JUS está sujeto a condicionalidad, pues así lo dispondría la Vigésima Sexta Disposición Final y Transitoria de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual habría condicionado dicho beneficio al principio de progresividad y al plazo de cinco años. El argumento es falaz por el simple hecho de que dicha condicionalidad ha sido establecida para el beneficio contenido en el artículo 186°, inciso 5), literal c), esto es, para las cuatro remuneraciones anuales adicionales y no para el beneficio nivelatorio contenido en el artículo 186, inciso 5, literal b) y porque además el plazo de cinco años se contaba a partir de la publicación de la ley, la que se produjo el 2 de junio de 1993. Textualmente la mencionada disposición final y transitoria establece: «*Los mayores beneficios que corresponden a los Magistrados, de conformidad con el artículo 186 inciso 5), parágrafo c), se harán efectivos progresivamente según las disponibilidades del Presupuesto General de la República, dentro de los cinco años siguientes a la publicación de esta Ley*»⁵⁷⁵.

“14. Finalmente, como este Tribunal ha expresado en reiterada jurisprudencia “*a pesar de que el mandamus contenido en la resolución materia de este proceso estaría sujeto a una condición –la disponibilidad presupuestaria y financiera de la emplazada–, debemos considerar que este Tribunal ya ha establecido expresamente (Cfr. SSTC 01203-2005-PC, 03855-2006-PC y 06091-2006-PC) que este tipo de condición es irrazonable*” (STC 0763-2007-PA/TC, FJ. 6). Así, la invocada disponibilidad presupuestaria no puede ser un obstáculo, ni menos aún considerada una condicionalidad en los términos de la STC 0168-2005-PC/TC, para el cumplimiento de disposiciones vigentes y claras como en el caso de autos»⁵⁷⁶.

...

“HA RESUELTO

...

3. **ORDENAR** al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial **proceda a efectuar la nivelación de los jueces** demandantes, de acuerdo a su cargo como Vocal Superior, Juez Especializado o Mixto y Juez de Paz Letrado, en la proporción de 90, 80 y 70 % respectivamente, tomando también como parámetro la Asignación Especial por Alta Función Jurisdiccional...»⁵⁷⁷.

b) HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES DE LOS DOCENTES UNIVERSITARIOS

Otro ejemplo se presenta en el caso de la homologación de las remuneraciones de los docentes universitarios de las universidades públicas con las remuneraciones de los jueces del Poder Judicial, en este caso también, el Tribunal Constitucional ordenó se cumpla la homologación de las remuneraciones que perciben los docentes universitarios con las remuneraciones que perciben los jueces del Poder Judicial, a partir de los jueces especializados o mixtos hasta los vocales supremos (STC Pe N° 0023-2007-PI/TC, de

⁵⁷⁴ STC Pe N° 03919-2010-PC-TC, Lambayeque, Juan Peralta Cueva y otros, de fecha 11 de setiembre de 2012, FJ. 12, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁷⁵ STC Pe N° 03919-2010-PC-TC, Lambayeque, Juan Peralta Cueva y otros, de fecha 11 de setiembre de 2012, FJ. 13, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁷⁶ STC Pe N° 03919-2010-PC-TC, Lambayeque, Juan Peralta Cueva y otros, de fecha 11 de setiembre de 2012, FJ. 14, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁷⁷ STC Pe N° 03919-2010-PC-TC, Lambayeque, Juan Peralta Cueva y otros, de fecha 11 de setiembre de 2012, Fallo, <<http://www.tc.gob.pe>>. (Negrita y subrayado nuestro).

fecha 15 de octubre de 2008)⁵⁷⁸ exhortando a los poderes públicos para que habilite las partidas correspondientes.

Entre los principales fundamentos de la STCPE N° 0023-2007-PI/TC sobre el los fundamentos, proceso y mandato de homologación tenemos:

“18. En tal sentido, este Colegiado siguiendo la tipología de sentencias desarrolladas en la jurisprudencia comparada, ha recogido una variedad de fórmulas *intermedias* entre la simple anulación de una ley o su confirmación de constitucionalidad (*Vid.* STC 0004-2004-CC, Fundamento 3.3). Tales fórmulas se han desarrollado en el marco de la colaboración que corresponde a los poderes del Estado en la defensa de los derechos fundamentales y la primacía constitucional. Estos mecanismo de colaboración han permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, este Colegiado, sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido, a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad”⁵⁷⁹.

“76...La homologación es un derecho asignado conforme a ley en atención a la especial naturaleza del docente universitario y su naturaleza jurídica es la que corresponde a la remuneración. De modo que la referencia a la «homologación» no es sino la forma de cuantificar el derecho a la remuneración que corresponde a esta actividad y no puede estar sujeta más que a las exigencias, derechos, beneficios y responsabilidades que establecen las leyes, reglamentos y estatutos para los docentes universitarios de cada una de las universidades públicas, en la medida que se trata del derecho a la remuneración prevista en el artículo 23° de la Constitución”⁵⁸⁰.

“77. En tal sentido este Colegiado debe concluir en este punto, que los incisos 2) y 3) del artículo 9° del Decreto de Urgencia 033-2005 resultan inconstitucionales, en la medida en que imponen condiciones y obligaciones no previstas en la Ley Universitaria para el otorgamiento del derecho a la remuneración homologada que corresponde a los docentes universitarios conforme al artículo 23° de la Constitución, además de constituir materia ajena a la que debe ser regulada a través de un Decreto de Urgencia pues no tiene relación ni vínculo con materia económica o financiera y más bien constituye una forma de injerencia en la autonomía reglamentaria de la Universidad, lo que además resulta contrario al artículo 18° de la Constitución conforme ha sido desarrollado *supra*. Por estas mismas razones, el Tribunal encuentra que también resulta inconstitucional por conexión el artículo 2.2 de la Ley N° 29137 que aprueba los términos de continuación del Programa de Homologación de los Docentes de las Universidades

⁵⁷⁸ STCPE N° 0023-2007-PI/TC, Lima, Federación Nacional de Docentes Universitarios del Perú y más de cinco mil ciudadanos, de fecha 15 de octubre de 2008, <<http://www.tc.gob.pe>>.

Si bien a la fecha el mandato de la nivelación de los jueces con la remuneración de los vocales supremos ha sido suspendida por una medida cautelar interpuesta dentro de un Proceso Competencial, medida cautelar, (STC 0002-2013-PCC/TC, de fecha 21 de mayo de 2013), en lo referido a la ejecución del presupuesto del Estado, en tanto se quería afectar la reserva de contingencia. No es menos cierto que el conflicto competencial solo está referido a con que parte del presupuesto se financiará la nivelación, pero no en sí misma la nivelación, ya que la misma ha sido también ordenada y reconocida por el propio Tribunal Constitucional y tendrá que hacerse en razón de una del presupuesto de la nación que se reserve para tal fin.

⁵⁷⁹ STCPE N° 0023-2007-PI/TC, Lima, Federación Nacional de Docentes Universitarios del Perú y más de cinco mil ciudadanos, de fecha 15 de octubre de 2008, FJ. 18, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁸⁰ STCPE N° 0023-2007-PI/TC, Lima, Federación Nacional de Docentes Universitarios del Perú y más de cinco mil ciudadanos, de fecha 15 de octubre de 2008, FJ. 76, <<http://www.tc.gob.pe>>.

Públicas en la medida en que reitera el contenido del artículo 9.2 del Decreto de Urgencia bajo análisis⁵⁸¹.

Posteriormente el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la homologación de los docentes universitarios con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Poder Ejecutivo a fin de no hacer efectivo este derecho social condicionado, de tal forma en una nueva sentencia, STCPE N° 00031-2008-PI/TC⁵⁸², el Tribunal Constitucional no solo reconoció la obligación del Ejecutivo a hacer efectiva la homologación sino que se le exhortó para que otorgue estas prestación. Así los siguientes fundamentos expresan de forma clara el requerimiento:

“15. Sin embargo, cuando luego de muchas jornadas se inicia un lento y tortuoso proceso de homologación, que este Colegiado ha respaldado, pese a que se inició mediante Decretos de Urgencia; una vez más el Poder Ejecutivo intenta impedir este proceso interponiendo la presente demanda esta vez contra el Parlamento que actuó motivado o promovido por la propia acción del Poder Ejecutivo. El ciudadano común no está en condiciones de descifrar estas inconsistencias. Tampoco lo estarán sin duda los docentes universitarios. La actitud de los poderes públicos que desarrollan políticas de marchas y contra marchas, sin asumir el sentido estratégico con que deben guiarse las políticas públicas, pueden desconcertar a cualquier ser racional, desde luego, también a este Colegiado⁵⁸³.

...
“16. Por ello es que ahora, con ocasión de declarar infundada la presente demanda, queremos ser severos y claros con las autoridades que, desde el Estado, deben llevar hasta la culminación el proceso de homologación que ya ha sido convalidado por este Colegiado en la sentencia 023-2007-PI/TC y ha recibido también el respaldo del Congreso de la República que ha actuado mediante una serie de normas, entre ellas la norma cuestionada en este proceso. De aquí en adelante, debemos entender que, el proceso de homologación de los salarios de los docentes de las universidades públicas constituye un proceso que compromete a todos los poderes públicos. Ello importa que ninguna autoridad se resista poniendo trabas o interfiriendo en este proceso bajo responsabilidad de incurrir en desacato a las decisiones de los órganos judiciales. El Tribunal asume jurisdicción de este modo en la vigilancia de la presente sentencia y de sus decisiones anteriores y actuará conforme a **los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional, requiriendo a las autoridades y funcionarios**, cualquiera sea su rango o jerarquía a efectos de imponer los mandatos de la Constitución así como de nuestras propias decisiones jurisdiccionales⁵⁸⁴.

...
“17. También en la justicia constitucional es válido decir, “el tiempo ha terminado”. El tiempo ha terminado para el Poder Ejecutivo en el caso del cumplimiento del proceso de homologación de los sueldos de los profesores universitarios, dado que desde la primigenia Ley N° 23733 han transcurrido ya 26 años y la misma no ha sido objeto de cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo, en los términos de su principal obligación constitucional de hacer cumplir las leyes, contenida en el artículo 118, inciso 1 de la Constitución. El Tribunal en tono enérgico **emplaza al Poder Ejecutivo** a través de la Presidencia del Consejo de Ministros para que asuma **sus responsabilidades conforme a los artículos**

⁵⁸¹ STCPE N° 0023-2007-PI/TC, Lima, Federación Nacional de Docentes Universitarios del Perú y más de cinco mil ciudadanos, de fecha 15 de octubre de 2008, FJ. 77, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁸² STCPE N° 0031-2008-PI/TC, Lima, Poder Ejecutivo-Ministerio de Justicia, de fecha 19 de enero del 2009, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁸³ STCPE N° 0031-2008-PI/TC, Lima, Poder Ejecutivo-Ministerio de Justicia, de fecha 19 de enero del 2009, FJ. 19, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁸⁴ STCPE N° 0031-2008-PI/TC, Lima, Poder Ejecutivo-Ministerio de Justicia, de fecha 19 de enero del 2009, FJ. 16, <<http://www.tc.gob.pe>>.

119° y 123° disponiendo lo que fuere conveniente a través de **las carteras comprometidas**, para que el proceso de homologación concluya hasta su etapa final en un tiempo que **no debería exceder el próximo periodo presupuestal**. De manera especial, el Consejo de Ministros no debe autorizar nuevos procesos por parte de cualquiera de los Ministerios, que estén encaminados a diferir el proceso de homologación. Nuevas demandas en el sentido que convoca el presente proceso, serán asumidas por este Colegiado como una muestra de resistencia a los mandatos del máximo ente jurisdiccional y serán rechazadas de plano, ordenando las correspondientes medidas de coerción y apercibimiento, conforme al artículo 22° del Código Procesal Constitucional”⁵⁸⁵.

...

“HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADA la demanda de autos
2. **EXHORTAR al Poder Ejecutivo** a través de la Presidencia del Consejo de Ministros para que actúe conforme a sus atribuciones en atención a lo dispuesto en los fundamentos 16 y 17 de la presente sentencia”⁵⁸⁶.

8.3. LA DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES AL FONAVI

Otro caso particular de un derecho prestacional condicionado es el referido a la devolución de los aportes hechos al programa de FONAVI. En este caso, mediante un instrumento de participación ciudadana, por intermedio de un referéndum, los ciudadanos peruanos aprobaron que el Estado peruano proceda a la devolución de los aportes efectuados al programa de FONAVI.

El Estado durante años descontaba de los ingresos a los trabajadores estatales un concepto llamado FONAVI, con el fin de que después de un tiempo, el Estado les devuelva o financie con estos aportes/descuentos programas de vivienda. Con el paso de los años, el Estado peruano simplemente no llevo a cabo ningún programa social de vivienda y menos aún devolvió los aportes efectuados.

Ante esta situación, y después de casi dos décadas se llevo a consulta una ley para que se devuelva los aportes/descuentos, la consulta popular salió favorable y se aprobó la ley de devolución de los aportes del FONAVI, el mismo que ha sido confirmado en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (STCPe 0007-2012-PI/TC, de fecha 26 de octubre de 2012)⁵⁸⁷.

Este es caso típico de derecho social prestacional condicionado, se requiere al estado que otorgue prestaciones, en este caso, devolución de los aportes/descuentos

⁵⁸⁵ STCPe N° 0031-2008-PI/TC, Lima, Poder Ejecutivo-Ministerio de Justicia, de fecha 19 de enero del 2009, FJ. 17, <<http://www.tc.gob.pe>>. (Negrita y subrayado nuestro).

⁵⁸⁶ STCPe N° 0031-2008-PI/TC, Lima, Poder Ejecutivo-Ministerio de Justicia, de fecha 19 de enero del 2009, Fallo, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁸⁷ STCPe N° 00007-2012-PI/TC, Callao, Colegio de Abogados del Callao, de fecha 26 de octubre de 2012, <<http://www.tc.gob.pe>>.

hecho al programa FONAVI. El Estado alegaba siempre que no había disponibilidad económica o que el mismo afecta gravemente el tesoro público. Judicialmente no se podía requerir al Estado para que cumpla, como se indicó, no es competencia del juez decidir sobre la política presupuestaria, sino crear el marco institucional para proceder con la devolución.

Y la creación de este marco institucional se hizo por intermedio de una consulta popular como el referéndum, es decir la propia ciudadanía creó la institucionalidad necesaria para el otorgamiento de las prestaciones. Con esta institucionalidad, producto por supuesto de su eficacia jurídica, como derecho constitucional social, puede ser protegido jurisdiccionalmente ante su incumplimiento, es decir se puede requerir al Estado a que cumpla con esta obligación, institucionalizada por la ley.

Y así está dispuesto por la propia sentencia del Tribunal Constitucional peruano, que ha ordenado que se haga las devoluciones, de tal forma ha “interpretado el artículo 1º de la Ley N° 29625, en el sentido de que la devolución de «los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados», se destinará a un fondo colectivo y solidario, con el objeto de lograr la satisfacción de la necesidad básica de vivienda de los fonavistas que así lo requieran por su falta de acceso adecuado a este derecho fundamental, en los términos contemplados en los fundamentos 63, 66 y 67 de la presente sentencia”⁵⁸⁸.

En este sentido, el Tribunal Constitucional como fundamentos centrales ha dispuesto:

“66. En consecuencia, cuando el Estado recomponga el fondo del FONAVI, en lo que corresponde a los aportes de los empleadores, el Estado u otros, con el fin de destinarlo a la satisfacción del derecho a la vivienda de aquellos fonavistas que no tienen un acceso adecuado a ella, puede y debe tener en cuenta todos los elementos que componen el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la vivienda. Es decir, los fondos recompuestos pueden destinarse tanto a la seguridad jurídica de la tenencia, a las condiciones de habitabilidad de la vivienda, a la habilitación de obras públicas que permitan tener servicios básicos a dichas viviendas, a la adecuación cultural, entre otros componentes del derecho. Como elemento determinante para la ejecución de la inversión en vivienda, que se desprenda del fondo colectivo, el Estado deberá tomar en cuenta, de acuerdo a un enfoque de derechos humanos, la priorización de los elementos mínimos del derecho a la vivienda, como también la priorización de las poblaciones vulnerables o que gozan de especial protección constitucional”⁵⁸⁹.

...

⁵⁸⁸ STCPe N° 00007-2012-PI/TC, Callao, Colegio de Abogados del Callao, de fecha 26 de octubre de 2012, Fallo, 2da. resolución, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁸⁹ STCPe N° 00007-2012-PI/TC, Callao, Colegio de Abogados del Callao, de fecha 26 de octubre de 2012, FJ. 66, <<http://www.tc.gob.pe>>.

“68. Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que corresponde emitir una *sentencia interpretativa* que, a la par de preservar una necesaria conducta de *deferencia* hacia una ley aprobada por referéndum, permita salvar la constitucionalidad de la misma, haciéndola compatible con la Constitución. En consecuencia, corresponde interpretar que allí adonde el artículo 1° de la Ley N.º 29625 establece abonar a favor de cada trabajador beneficiario “*los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados*”, deberá entenderse que dicha devolución se destinará a la satisfacción de la *necesidad básica de vivienda* a los *fonavistas* que así lo *requieran* por su *falta de acceso adecuado* a este derecho fundamental, en los términos contemplados en los fundamentos 63, 66 y 67. La forma cómo se reconstituirá efectivamente ese fondo, cómo se identificarán a los fonavistas beneficiarios, qué prestaciones específicas de vivienda corresponden, y cómo se otorgarán, son asuntos que deberá ser normados a través de un reglamento que el Poder Ejecutivo deberá dictar en un plazo no mayor de 60 días hábiles”⁵⁹⁰.

...

“HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad
2. **INTERPRETAR** el artículo 1° de la Ley N.º 29625, en el sentido de que la devolución de “*los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados*”, se destinará a un fondo colectivo y solidario, con el objeto de lograr la satisfacción de la *necesidad básica de vivienda* de los *fonavistas* que así lo *requieran* por su *falta de acceso adecuado* a este derecho fundamental, en los términos contemplados en los fundamentos 63, 66 y 67 de la presente sentencia.
3. **DISPONER** que el Poder Ejecutivo expida el Reglamento a que se refiere el fundamento 68 de esta sentencia, en un plazo no mayor de 60 días hábiles.”⁵⁹¹

8.4. INSTITUCIONALIZACIÓN NORMATIVA. EL CASO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS (CAS)

El Tribunal Constitucional peruano mediante la STCPE N° 00002-2010-PI/TC, de fecha 7 de septiembre de 2010 resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada por más de 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicio por vulnerar los siguientes artículos de la Constitución: 2.2° (derecho a la igualdad ante la ley, 104° (delegación de facultades); 25° (jornada ordinaria de trabajo), 23° tercer y cuarto párrafo (el Estado y el Trabajo), 24° (derechos laborales del trabajador), 26.1° (principio de igualdad de oportunidades sin discriminación), 27° (protección del trabajador frente al despido arbitrario), 42° (derecho de sindicación de los trabajadores públicos) y 103° cuarto párrafo (prohibición de abuso de derecho).

El Tribunal Constitucional, por mayoría de votos, para resolver la presente demanda de inconstitucionalidad tomó en cuenta elementos de forma⁵⁹², materiales⁵⁹³ y

⁵⁹⁰ STCPE N° 00007-2012-PI/TC, Callao, Colegio de Abogados del Callao, de fecha 26 de octubre de 2012, FJ. 68, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁹¹ STCPE N° 00007-2012-PI/TC, Callao, Colegio de Abogados del Callao, de fecha 26 de octubre de 2012, Fallo, <<http://www.tc.gob.pe>>.

los derechos fundamentales con contenido laboral⁵⁹⁴, para finalmente arribar a una solución, declarando Infundada la demanda, en atención a que, utilizando la tipología de sentencias, emitió una sentencia interpretativa⁵⁹⁵, por la cual dispuso que el «contrato administrativo de servicios» debe interpretarse como un régimen «especial» de contratación laboral para el sector público, lo cual resulta compatible con la Constitución⁵⁹⁶, toda vez que se evitaba despidos masivos y se aseguraba el derecho al trabajo de los trabajadores que tenían contratos de administración de servicios y en el otro extremo, evitar que todos pasen a ser trabajadores del Estado a plazo indefinido afectando las arcas del Estado.

El Tribunal Constitucional peruano, en el presente caso, con ocasión de prevenir que las consecuencias de su decisión se constituyan en más nocivas que la misma ley inconstitucional, optó por otorgar un sentido interpretativo vinculante al Decreto Legislativo N° 1057 compatible con la Constitución. De tal modo que si se mantiene dicho régimen laboral se hace en razón de considerarlo un régimen especial del sector público.

Pero ahí no termina la decisión del Tribunal Constitucional, sino, con el tema que nos convoca, con ocasión de proteger los derechos de los trabajadores, exhortó a los poderes públicos, en este caso a la Autoridad Nacional de Servicio Civil⁵⁹⁷ para que emita la reglamentación necesaria que permita el ejercicio del derecho de sindicación y huelga, así como dicte la legislación necesaria referida al límite de contratación de personal, la exhortación de emitir la normatividad correspondiente tenía como plazo límite el 31 de diciembre de 2010.

Se puede evidenciar que el Tribunal Constitucional, con ocasión de tutelar un derecho social, como es el caso del derecho al trabajo, el mismo que está condicionado

⁵⁹² STCPE N° 00002-2010-PI/TC, Más de 5,000 ciudadanos, de fecha 7 de septiembre de 2010, FJs. 1-9, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁹³ STCPE N° 00002-2010-PI/TC, Más de 5,000 ciudadanos, de fecha 7 de septiembre de 2010, FJs. 10-39, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁹⁴ STCPE N° 00002-2010-PI/TC, Más de 5,000 ciudadanos, de fecha 7 de septiembre de 2010, FJs. 40-43, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁹⁵ STCPE N° 00002-2010-PI/TC, Más de 5,000 ciudadanos, de fecha 7 de septiembre de 2010, FJs. 44-48, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁹⁶ STCPE N° 00002-2010-PI/TC, Más de 5,000 ciudadanos, de fecha 7 de septiembre de 2010, FJ. 47 y Fallo, resolución N° 1, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁵⁹⁷ STCPE N° 00002-2010-PI/TC, Aclaración de la Procuradora Pública Especializada en materia constitucional, Más de 5,000 ciudadanos, de fecha 11 de octubre de 2010, FJ. 3, <<http://www.tc.gob.pe>>.

a la existencia de una institucionalidad normativa que los respalde, ha utilizado en primer lugar su tipología de sentencias para dotar de un respaldo legal a los trabajadores sujetos al D.Leg. N° 1057, así como exhortar, requerir a los poderes públicos (Autoridad Nacional de Servicio Civil) para que emitan las normas pertinentes a fin de garantizar plenamente los derechos sociales de los trabajadores sujetos a este régimen especial.

De tal forma, se puede observar que el Tribunal Constitucional tiene potestades para garantizar la institucionalidad normativa de los derechos sociales, por ello resulta pertinente sostener que los derechos sociales tienen plena eficacia jurídica, en este caso, una eficacia jurídica objetiva, referida a implementar las condiciones que respalden y sustenten los derechos sociales como es la existencia de una normatividad, en este caso, el establecimiento de un régimen laboral.

En esta dirección, resulta de vital relevancia el fundamento de voto del magistrado Eto Cruz, emitido en la STCPe 00010-2010-PI/TC con ocasión de resolver la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por siete mil trescientos noventa y tres ciudadanos contra la Ley N° 29157 y los Decretos Legislativos Nos 1023, 1024, 1025, 1026 y 1057. En dicha sentencia la mayoría del colegiado del Tribunal Constitucional declaró Improcedente la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido al Decreto Legislativo N° 1057⁵⁹⁸, e Infundada en los demás extremos.

Finalmente, para aclarar el panorama, el magistrado Eto Cruz pone de relieve la importancia del principio de progresividad y la relación que existe entre los derechos sociales y la disponibilidad económica de la nación, así como las medidas de protección que puede adoptar la jurisdicción constitucional. Así tenemos:

“... ”

14. Como ya se dijo, el régimen CAS fue creado para operar una situación de *traslado* de un régimen de contratación abiertamente inconstitucional, como la del contrato de locación de servicios, a un régimen laboral con requisitos mínimos de validez constitucional. Como el propio Tribunal ha dicho, dicha trasposición supone un “progreso en los derechos laborales” de los trabajadores que en el anterior régimen carecían de todo.

15. El costo económico no es, sin embargo, como pudiera pensarse un motivo injustificado de limitación de derechos. En general, los derechos sociales, y entre ellos los derechos de los trabajadores del sector estatal, se hallan sujetos a la capacidad presupuestal para atender a las necesidades que se desprenden de estos derechos. No es, sin embargo,

⁵⁹⁸ STCPe N° 00010-2010-PI/TC, Siete mil trescientos noventa y tres ciudadanos, de fecha 18 de abril de 2011, FJs. 11 y 12, <<http://www.tc.gob.pe>>. Dichos fundamentos señalan: “11. mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC, este Tribunal Constitucional ya confirmó la constitucionalidad, por el fondo, del impugnado Decreto Legislativo N.º 1057, y por argumentos sustancialmente iguales a los planteados a través de la presente demanda. [Y] 12. En consecuencia, tal extremo de la demanda resulta improcedente, en aplicación del inciso 2) del artículo 104º del Código Procesal Constitucional”.

tampoco dicho costo económico o disposición presupuestal un límite absoluto a la implementación de los derechos sociales, ni puede ser invocada como carta abierta para negarlos indiscriminadamente. Debe pues guardarse un equilibrio entre la disponibilidad presupuestal y la implementación progresiva de los derechos sociales, de modo que las diversas necesidades que tiene el Estado y que atienden a muchas otras necesidades de la población sean cubiertas de la mejor manera posible. Lo crucial reside, no obstante, en fijar prioridades dentro del Presupuesto de la República para atender los derechos, pues como se sabe ellos representan necesidades básicas, que por estar en la Constitución, tienen más fuerza que cualquier otro objetivo que se plantee el Estado. En dicho contexto, como se ha recogido en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “El Estado tiene la obligación de adoptar medidas **hasta el máximo** de los recursos de que se disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados,..., la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

16. Por lo tanto, cuando reconocemos que el régimen CAS se creó como una forma de equilibrar el impacto presupuestal y la satisfacción de los derechos laborales de los trabajadores del sector estatal, también reconocemos que es **obligación** del Estado utilizar hasta el “máximo de los recursos” para atender progresivamente los derechos laborales no otorgados a estos trabajadores y que terminen con la situación aún presente de discriminación en los trabajadores del sector público. Ello nos lleva a dos conclusiones: la primera que era obligación del Estado *demonstrar* que en efecto se estaban utilizando hasta el máximo de los recursos disponibles (lo cual no ha sucedido ni en el primer proceso de inconstitucionalidad ni en el presente) y la otra que el régimen del CAS es esencialmente *transitorio*, un régimen de enlace entre una situación de abierta inconstitucionalidad y un régimen de plena constitucionalidad. Sólo así puede encontrarse justificado, desde una óptica constitucional y desde un pleno respeto a los derechos y la dignidad del trabajador, el régimen del CAS.

...

17. Desde mi punto de vista, el proceso de inconstitucionalidad de autos debió conducirse de tal modo, que pueda verificarse, razonablemente, el empleo del máximo recursos disponibles para superar la disminución de derechos laborales del CAS, esto es, el cumplimiento estricto del principio de progresividad, como parámetro de análisis del caso de autos y que viene exigido, como ya se dijo, por el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al no haberse realizado tal examen ni haber demostrado el Estado la constitucionalidad de la diferenciación, sólo podía haber la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057.

...

19. Finalmente, considero pertinente señalar que en el caso hipotético que el Estado hubiese demostrado una utilización hasta el máximo de los recursos, tampoco ello hubiere significado una constitucionalidad absoluta o perpetua de dicho régimen, sino, como ya se dijo, sólo una constitucionalidad temporal que, en aplicación del principio de progresividad, debía ir avanzando hacia la equiparación plena de los derechos de todos los trabajadores del sector público. Sobre la correcta aplicación de dicho principio de progresividad, por lo demás, -creemos- el Tribunal Constitucional debía asumir competencia, con el objeto de controlar el avance progresivo de los derechos fundamentales de los trabajadores y la consecución de una igualdad plena entre los regímenes laborales del sector público. Para dicho efecto tenía varios caminos: i) implementar un proceso de seguimiento de la sentencia, con un plan ordenado de equiparación progresiva, que tome en cuenta los recursos del Presupuesto Público; ii) dictar una sentencia de aviso que permita declarar en el futuro inconstitucional el Decreto Legislativo N° 1057, si es que no se avanzaba en la equiparación dispuesta por el Tribunal como principio; o iii) generar con posterioridad un incidente de ejecución de la sentencia, si el Estado persistiera en la omisión o protección deficiente de los derechos fundamentales de los trabajadores CAS. Sobre la viabilidad de estas soluciones y su mejor adecuación para resolver temas de derechos sociales y la aplicación del principio de progresividad debió haber discutido también el Tribunal, como

un avance necesario de cara a hacer realmente efectivos esta categoría específica de derechos fundamentales”⁵⁹⁹.

8.5. DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud, en lo que respecta a las prestaciones médicas y de cuidado de la integridad psico-somática, implica la existencia de una adecuada infraestructura y de especialistas. En esta dirección, relacionado al accionar del Estado, éste debe de implementar las infraestructuras adecuadas así como contratar especialistas renombrados, que cuentan con condiciones idóneas para preservar la salud.

Si bien la implementación de la infraestructura y de la contratación de los especialistas implica la erogación de sumas dinerarias que las financien, este contenido prestacional condicionado es factible de ser tutelado en la medida de exigir al propio Estado la institucionalización de estas pretensiones.

El propio Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que estas funciones son obligaciones del Estado, y sobre las mismas cabe un control jurisdiccional. En este sentido, en Tribunal Constitucional peruano ha señalado “en el Estado recae el deber de “(...) garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y el fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo para tal efecto adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes”⁶⁰⁰.

Para, en el siguiente fundamento, sostener de forma clara el Tribunal Constitucional peruano “que si la salud es un derecho cuyas condiciones el Estado se encuentra obligado a promover mediante políticas, planes y programas, o a garantizar su correcto funcionamiento, en caso de que estos ya existan, el hecho de que el mismo Estado, o quienes a su nombre lo representan, opten por decisiones que desconozcan de forma unilateral o irrazonable la concretización o aplicación de los mismos, sobre todo

⁵⁹⁹ STCPe N° 00010-2010-PI/TC, Siete mil trescientos noventa y tres ciudadanos, de fecha 18 de abril de 2011, Fundamento de Voto, núms. 10-19, <<http://www.tc.gob.pe>>

⁶⁰⁰ STCPe N° 1956-2004-AA/TC, Lima, Martha Olinda Combe Rivera, de fecha 5 de octubre de 2004, FJ. 7, <<http://www.tc.gob.pe>>

para quienes ya gozan de prestaciones individualizadas, supone un evidente proceder inconstitucional que en modo alguno puede quedar justificado. O la salud es un derecho constitucional indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, o simplemente se trata de una opción de actuación discrecional y, como tal, prescindible de acuerdo con la óptima disponibilidad de recursos. Entre ambas alternativas, y por lo que ya se ha puntualizado, el Estado social solo puede ser compatible con la primera de las descritas, pues resulta inobjetable que allí donde se ha reconocido la condición fundamental del derecho a la salud, deben promoverse, desde el Estado, condiciones que lo garanticen de modo progresivo, y que se le dispense protección adecuada a quienes ya gocen del mismo.”⁶⁰¹

Las obligaciones asumidas por el Estado tienen que ser cumplidas, y si se incumple dichas obligaciones, bien pueden los sujetos afectados con dichas omisiones o los propios responsables del Estado, exigir jurisdiccionalmente el cumplimiento de las exigencias constitucionales y legales, dentro de un término razonable que no puede exceder el año fiscal para iniciar las actividades de financiamiento.

8.6. UN CASO ESPECIAL: DERECHO A LA RENTA BÁSICA. REFLEXIONES A PROPÓSITO DE GARANTIZAR BIENESTAR E IGUALDAD MATERIAL

8.6.1. EL DERECHO A LA RENTA BÁSICA

La Renta Básica llamado también renta de ciudadanía, ingreso ciudadano, ingreso mínimo, subsidio universal garantizado, ingreso básico, etc.⁶⁰², es un concepto muy fácil de entender. Consiste en el derecho que tiene cada ciudadano(a) a percibir una cantidad periódica para cubrir sus necesidades materiales, y sin ninguna condición que lo limite. Es decir, únicamente por el mero hecho de nacer, por la singular razón de existir, la sociedad está obligada a proporcionar a cada ser humano los medios materiales económicos que le garanticen el bienestar social que necesita para sobrevivir

⁶⁰¹ STCPE Nº 1956-2004-AA/TC, Lima, Martha Olinda Combe Rivera, de fecha 5 de octubre de 2004, FJ. 8, <<http://www.tc.gob.pe>>.

⁶⁰² Carbonell, Miguel: “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *op. cit.*, pág. 315 y Giarini, Orio y Liedtke, Patrick M.: *El dilema del empleo. El futuro del trabajo*, *op. cit.*, págs. 200-206.

con dignidad⁶⁰³. Así, Dentro de la Renta Básica se distinguen dos modelos: el modelo fuerte y los modelos débiles.

a) Modelo fuerte

El modelo fuerte de Renta Básica se define por contener tres características estructurales, que son:

- 1) *Individual*, se concede a cada persona de forma exclusiva; y no a las familias;
- 2) *Universal*, con una doble exigencia: *a)* es para todas las personas y *b)* no contributiva;
- 3) *Incondicional*, con otro doble requerimiento: *a)* es independiente del nivel de ingresos y *b)* sin ninguna relación con el mercado de trabajo.

A lo señalado, hay que añadirle otras cinco características de opción política, que son:

1. *Cuantía*. Como mínimo, la cantidad a percibir como RB será igual a la definida como Umbral de Pobreza.
2. *Igualdad*. Cada persona recibirá exactamente la misma cantidad de RB.
3. *Participación*. La Renta Básica se dividirá en dos partes: *a)* Una parte será entregada “en mano” a cada persona; y, *b)* la otra estará dedicada a las inversiones de índole público: educación, sanidad, vivienda, transporte, medio ambiente, proyectos de carácter colectivo, micro economía social, etc.
4. *Refundición*. La Renta Básica sustituirá a casi todas las demás prestaciones económicas.
5. *Desde la base social*. Se hace sobre la base de la participación y movilización ciudadana.

La Renta Básica tiene la virtud de enfrentarse a las principales causas de la pobreza, como son no tener que depender de la posesión individual de riqueza para sobrevivir, ni tampoco del mercado de trabajo para disponer de la renta que se necesita para cubrir las necesidades sociales. Además, al sustituir las prestaciones sociales

⁶⁰³ Iglesias Fernández, José: “¿Una alternativa Transformadora?: La Renta Básica”, Cuadernos Renta Básica, N^o 5, Barcelona, noviembre, 2003, pág. 6.

asistenciales por una prestación incondicional refuerza el carácter de derecho de todas ellas⁶⁰⁴. De tal manera, “una Renta Básica para todos debe ser entendida como la garantía de la suficiencia material y, por tanto, de la independencia socioeconómica necesaria para reducir los niveles de dominación que azotan a las personas menos favorecidas y, así, para abrir espacios de libertad mayores para que las personas lleven a cabo de forma efectiva sus planes de vida propios”⁶⁰⁵.

Dentro de los elementos que hacen de la Renta Básica una alternativa viable dentro del Estado de Derecho tenemos⁶⁰⁶:

a) Es un mecanismo de redistribución de la renta: Este sistema contribuye significativamente a redistribuir la renta más equitativamente, especialmente mejorando los ingresos de los estratos más pobres de la población, hoy frecuentemente alejados de los mecanismos de ayuda social. Aún teniendo en cuenta todas las dificultades existentes para abordar la penuria económica, la Renta Básica se enfrenta y va directamente contra la pobreza, en la medida que la cantidad que se establezca como Renta Básica sea igual o supere a la considerada como umbral de pobreza.

b) Da seguridad económica: Este derecho a la renta, y la correspondiente cantidad que se asigne a la misma, supone un colchón económico que permite al ciudadano y al trabajador defenderse mejor de la contingencia de un despido libre y gratuito, de la arbitrariedad y la incertidumbre que la patronal ejerce a través de los contratos temporales, de una mayor capacidad para negociar individual y colectivamente niveles salariales, condiciones de trabajo, vacaciones, horarios, movilidad funcional y geográfica, flexibilidad, etc. Buena parte de la economía sumergida se integraría en la formal, al perder esta la posibilidad de pagar salarios por debajo del umbral de pobreza, al no tener que pagar las cotizaciones a la Seguridad Social, y al incrementar la inspección contra el fraude fiscal.

c) Se convierte en un fondo de resistencia: A su vez, a los sindicatos les daría un mayor poder para enfrentarse a la patronal, especialmente cuando tuvieran que

⁶⁰⁴ Iglesias Fernández, José: “La Renta Básica y los Derechos Humanos”, El vuelo de Ícaro. Revista de Derechos humanos, crítica política y análisis de la economía, núm. 1, marzo, Liga Española Pro-Derechos Humanos, Madrid, 2001, pág. 4.

⁶⁰⁵ David Casassas y Daniel Raventós: “Propiedad y libertad republicana: La Renta Básica como derecho de existencia para el mundo contemporáneo”, Sin Permiso, núm. 2, 2005, pág. 48, <<http://www.sinpermiso.info/sumarios/pdf/sinpermiso-numero02-0706201004.pdf>>, visitado 24 de septiembre de 2013.

⁶⁰⁶ Iglesias Fernández, José: “La Renta Básica y los Derechos Humanos”, *op. cit.*, pág. 11.

recurrir a la huelga, ya que la Renta Básica se convierte en estas situaciones de conflicto en un fondo de resistencia que puede utilizar cada trabajador contra el miedo al despido, al paro, a la pérdida de las remuneraciones salariales.

d) Permite iniciar otros modos de vida: La Renta Básica tiene como uno de sus aspectos positivos el que facilita oponerse frontalmente a todas las políticas de degradación de las condiciones de vida, del aumento de las diferencias que impone la globalización económica y las políticas del libre mercado. En este sentido, es liberador proponer una medida que nos saque del salario del miedo, en vez de aceptar las leyes de la economía de mercado con su aumento de la inseguridad y las diferencias sociales. Y no menos importante, la Renta Básica se utilizará como fondo de referencia desde donde comenzar otras formas alternativas de consumo, en el sentido de vivir mejor con menos, de un consumo justo y solidario, de formas productivas colectivas dentro y al margen del mercado, etc.

e) Contribuye a luchar por la igualdad de género: Fomentar la igualdad de la mujer y el hombre en el mercado de trabajo; el trabajo femenino podrá exigir que, a igual trabajo, igual salario; mano de obra masculina y femenina podrán negociar mejores salarios ante la proliferación de empleos de bajo coste. En el caso de la mujer, esta podrá enfrentarse a las relaciones patriarcales dentro de la familia en mejores condiciones económicas.

f) Contribuye a eliminar los estigmas sociales: El hecho de refundir todas las prestaciones sociales en la Renta Básica permite eliminar el *estigma de paro* y sus correspondientes subsidios, el *estigma de la pensión* y sus correspondientes prestaciones sociales, el *estigma de la pobreza* y sus correspondientes limosnas (públicas y privadas), y el *estigma de la marginación*, ayudando a afrontar la problemática que tropiezan las personas que están sumergidas en la pobreza y extrema pobreza o las que no encuentran empleo; es decir, los grupos más maltratados de la sociedad contarán con un seguro económico a partir del cual podrán rehacer sus vidas.

Podemos subrayar que la Renta Básica se convierte ella misma en un pilar del nuevo sistema de bienestar para la sociedad contemporánea, nuevo en el sentido de que las prestaciones pasan a basarse en el concepto de ciudadano y no en la condición de trabajadores de la población. Este nuevo derecho ciudadano a una renta básica contiene

las virtudes y las características suficientes que lo hacen idóneo para establecer los fundamentos de un nuevo modelo de bienestar social público para el siglo XXI⁶⁰⁷.

Es de resaltar que la Renta Básica juega una doble tarea. Por una parte, y vinculada a la justificación liberal, *a)* dicho derecho puede desempeñar un papel legitimador, a la manera que están actuando las reivindicaciones laborales habituales. Por otra parte, *b)* utilizada con la voluntad de transformación social, de participación ciudadana, puede convertirse en un poderoso instrumento de cambio hacia sociedades donde se pueda vivir una verdadera emancipación.

Poderoso mecanismo porque incide y pone en cuestión un elemento esencial del sistema, como es el del paso obligatorio por el mercado de trabajo para tener acceso a las rentas, al bienestar individual y social de las poblaciones. El capitalismo requiere que el no propietario de medios de producción tenga que trabajar imprescindiblemente. La Renta Básica permite que esta exigencia del capitalismo se debilite profundamente, e incluso que desaparezca, si solo se pretende un consumo básico. Al convertir la obligación al trabajo en un genuino derecho al trabajo proporciona a la Renta Básica una dimensión en profundidad y alcance que la convierte en un instrumento privilegiado, no para suavizar el sistema, sino para transformarlo⁶⁰⁸.

El mayor inconveniente o cuestionamiento que se presenta en cuanto a la eficacia del derecho a la Renta Básica, está más vinculada a consideraciones de su viabilidad financiera o sostenimiento económico. En tal sentido, si en la actualidad, los derechos sociales son considerados como derechos programáticos, de configuración legal, de tutela jurisdiccional diferida y condicionados económicamente (*supra* § 5.6.); no es menos cierto que el derecho a la Renta Básica también está cuestionada a partir de estas premisas o fundamentos. Así, se señala que el otorgar a cada ciudadano del Estado un ingreso económico periódico equivalente al umbral de la pobreza, sin consideraciones mayores que el sólo hecho de su existencia, conllevaría en principio a la crisis o resquebrajamiento financiero del Estado, y por otro lado, que no sería viable en tanto el presupuesto del Estado no alcanzaría o sería insuficiente.

⁶⁰⁷ Iglesias Fernández, José: "La Renta Básica y los Derechos Humanos", *op. cit.*, pág. 13.

⁶⁰⁸ Iglesias Fernández, José: "Renta Básica: el modelo fuerte como instrumento de transformación social", El vuelo de Ícaro. Revista de Derechos humanos, crítica política y análisis de la economía, núm. 2 y 3, Liga Española Pro-Derechos Humanos, Madrid, 2001/2002, pág. 32.

Ante los argumentos del condicionamiento económico de los derechos sociales y en concreto del derecho a la Renta Básica, la solución al problema de la eficacia de los derechos sociales prestacionales y dentro de ellos el de la Renta Básica no es un problema de escasez o de falta de recursos económicos, sino, es un problema de redistribución de la riqueza o de los ingresos⁶⁰⁹.

La Renta Básica puede implantarse en un solo ejercicio económico, pues se trata de repartir lo que se produce en cada momento. Es decir, por principio, la Renta Básica implica la distribución de la renta ya existente, así que no requiere la producción de nueva riqueza. Cuando uno se pregunta ¿de dónde va a salir el dinero?, la respuesta es obvia: de donde está, de quien lo tiene.

Por ser la Renta Básica un mecanismo de redistribución de la renta, se parte de que el dinero que se ha de repartir como Renta Básica es siempre la renta producida; es un reparto del pastel que ya se ha producido, solo que, ahora, una parte importante de su distribución se realiza al margen del mercado. Es decir, se produzca mucha o poca renta anualmente, se reparte la que se produzca, la que existe, la que hay. Por tanto, debemos evitar el pensar que hay que crear nueva riqueza para poder disfrutar de la Renta Básica⁶¹⁰.

b) Modelos débiles

Por otro lado, los modelos débiles de Renta Básica se caracterizan por que modifican alguna de las características que definen a la Renta Básica. Es decir, se concede la Renta Básica únicamente a una parte de los ciudadanos o a la familia; casi siempre por un importe bastante menor que el del Umbral de Pobreza; y a veces exigiendo alguna contraprestación por parte del ciudadano(a) sujeto del derecho; son mecanismos mucho más limitados de organización social en relación con el modelo fuerte.

Aunque los modelos débiles son políticamente más fáciles de implantar, violentan los principios de *individualidad*, *universalidad* e *incondicionalidad*, limitando los objetivos y reduciendo ostensiblemente el bienestar de los ciudadanos que se pretende conseguir con el modelo fuerte. Si por ejemplo, aplicamos el criterio de Pobreza Severa en vez del Umbral de Pobreza, comprobamos que con un porcentaje

⁶⁰⁹ Neuner, Jörg: "Los derechos humanos sociales", *op. cit.*, pág. 249.

⁶¹⁰ Iglesias Fernández, José: "La Renta Básica: perfeccionando el proceso de implantación", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 19, julio, UAM-UNED, Madrid, 2002, pág. 14.

considerable del Producto Bruto Interno cubrimos las necesidades de Renta Básica de toda la población; la medida es más barata, pero perdemos nuestro objetivo de erradicar la pobreza de las personas empobrecidas⁶¹¹.

Una política pública del Estado peruano cercana a un modelo de Renta Básica limitada la encontramos en el programa pensión 65. Programa por el cual el Estado otorga a las personas de más de 65 años de edad, que no cuentan con ingresos o no han contribuido a ningún sistema de seguridad social de pensiones, una suma monetaria, que se entrega como una subvención de ciento veinticinco nuevos soles (S/. 125.00) mensuales por cada usuario de Pensión 65⁶¹². Este programa tiene como antecedente el programa Juntos creado en el gobierno del ex-presidente Alejandro Toledo, donde también se entregaba una suma dineraria bajo el cumplimiento de determinados requisitos⁶¹³. Son programas que si bien, distan mucho de un modelo fuerte de Renta Básica, constituyen unas semillas muy limitadas por cierto, pero que con el tiempo pueden ser reforzadas y transformadas no solo en verdaderas funciones del Estado, sino en un derecho fundamental a la Renta Básica, con todo lo que implica.

8.6.2. REFLEXIONES FINALES

El derecho a la Renta Básica, como hemos visto, dista mucho de las medidas gubernamentales o de las acciones privadas de asistencia o subsidio de la pobreza o de la precariedad económica. La Renta Básica se reconoce a cada ciudadano por su sola condición de existir, independiente de su condición social, económica o cultural, de si es rico o pobre, de si trabaja o no, de si tiene ingresos, rentas o recibe algún tipo de

⁶¹¹ Iglesias Fernández, José: “La Renta Básica y los Derechos Humanos”, *op. cit.*, pág. 13.

⁶¹² *Vid.* <<http://www.pension65.gob.pe/nuestro-trabajo/>>.

⁶¹³ El programa JUNTOS consiste en la entrega de incentivos para el acceso y uso de servicios de salud-nutrición y educación; bajo un enfoque de restitución de esos los derechos básicos, con la participación organizada y la vigilancia de los actores sociales de la comunidad. Dicho incentivo está condicionado al cumplimiento de compromisos adquiridos, los cuales intentan promover y garantizar el acceso y participación de los hogares en extrema pobreza con niños menores de 19 años y gestantes en las áreas de salud-nutrición, educación e identidad; fomentando de esta forma el principio de corresponsabilidad. Este programa fue creado mediante Decreto Supremo N° 032-2005-PCM, Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres-JUNTOS y por el Decreto Supremo N° 062-2005-PCM, que modifica el Decreto Supremo N° 032-2005 PCM mediante el cual se creó el Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres-JUNTOS. Actualmente se encuentra comprendido dentro de la Ley N° 29792 Ley de creación, organización y funciones del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social-MIDIS, el Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres-JUNTOS es adscrito como Unidad Ejecutora del Pliego MIDIS.

prestación estatal o privada, y sin perjuicio de la exigencia del cumplimiento de sus obligaciones fiscales en dicho Estado.

La Renta Básica garantiza a la persona bienestar e igualdad material, garantiza que la persona humana tenga los medios suficientes y adecuados para acceder a los bienes y servicios indispensables para su vida en la sociedad, independiente de si es contribuyente a un régimen de pensiones, a si tiene la condición de trabajador asalariado, a si es pobre, etc. Elimina la dependencia o sujeción al mercado de trabajo y al salario. La Renta Básica vista desde una perspectiva de la plena eficacia de los derechos fundamentales y del Estado Social de Derecho consigue un status de ciudadano libre, independiente de las leyes del mercado y del determinismo económico, garantiza bienestar material y espiritual, en tanto asegura para cada persona la percepción periódica de un ingreso económico para solventar sus gastos y satisfacer sus necesidades sociales, permitiendo realizar sus proyectos de vida sin ataduras u obstáculos económicos.

La Renta Básica es un medio eficaz de distribución de la riqueza, los recursos económicos del Estado se distribuyen o reparten a todos los ciudadanos teniendo en cuenta el umbral de la pobreza, de tal forma que de acuerdo a las necesidades de los ciudadanos la Renta Básica es distribuida en la misma cantidad a todos, sin ningún tipo de discriminación, logrando de tal forma que cada persona goce de los logros y ventajas económicas obtenidas por el Estado, redistribuya equitativamente los recursos económicos del Estado. La Renta Básica no sólo tiene una fundamentación individual a favor de la persona humana, sino además tiene una fundamentación colectiva a favor de la integración social.

El reconocimiento de la Renta Básica no obedece a fines paternalistas, clientelares o proselitistas, si bien el Estado promueve diversos programas de subsidio de la pobreza, como es en el caso nuestro a través del programa social 'Juntos' de subsidios directos condicionados para los más pobres, por el cual el Estado mediante el Banco de la Nación otorga a determinadas familias la suma de Cien Nuevos Soles (S/. 100.00)⁶¹⁴, no es menos cierto que estos programas a la larga, sino se fortalecen con

⁶¹⁴ El programa "Juntos", adoptado del programa "Oportunidades" de México, fue lanzado el 7 de setiembre del 2005 por el presidente Alejandro Toledo en la localidad de Chuschi. La idea general del programa consiste en que las madres de familia reciban mensualmente S/. 100.00 a cambio de

visión de autonomía económica, tienden a mantener a los pobres en la pobreza o se les ´enseña` a vivir dentro de la pobreza, por ello, cuando se habla del modelo fuerte de Renta Básica, éste no se encuentra condicionado a ningún factor o grupo social.

Nosotros tenemos un claro ejemplo en nuestro continente del reconocimiento por el ordenamiento jurídico del derecho a la Renta Básica, que es el caso de Brasil, donde el 8 de enero de 2004 el presidente Luiz Inácio Lula da Silva promulgó la Ley de Renta Básica de la Ciudadanía, LEI Nº 10.835, garantizando a todos los brasileños, sin ninguna distinción, así como a los extranjeros que vivan en el país hace más de cinco años, la percepción del Estado una suma suficiente para sus gastos esenciales, como alimentación, educación y salud. En este caso se trata de un beneficio universal desde el nacimiento a la muerte, e incondicional, que abarca a ricos y pobres, sin excepción. Pero, también no es menos cierto que este derecho se ha reconocido gradualmente sólo a sectores o a determinados grupos sociales, de tal forma que se aplica gradualmente a partir del 2005, de acuerdo con las posibilidades del presupuesto estatal y empezando por los más pobres.

En la actualidad no existe ningún Estado que reconozca en su totalidad el modelo fuerte de Renta Básica, o en todo caso que lo garantice en su toda su amplitud, lo cual no significa que su implementación no sea una obligación o exigencia ajena o indiferente para el Estado, o sea incompatible con su equilibrio financiero. Ahora, el hecho de que nuestra Constitución u ordenamiento jurídico no reconozca taxativamente este derecho fundamental, no significa de modo alguno que éste se encuentre proscrito o prohibido, la figura de su reconocimiento puede ser resuelto a través de los criterios de interpretación “*pro hominem*” o de la cláusula “*numerus apertus*” de la Constitución.

El problema se presenta a partir de su eficacia, en tanto se debe de tener en cuenta que su ejercicio requiere del uso de partidas presupuestarias o del uso de los recursos del Estado, por ello, la vigencia del derecho a la Renta Básica pasa primero por la adopción de la decisión política fundamental de establecer en el Estado un sistema distinto de distribución de la riqueza, de desburocratizar al Estado y de dotarle a la persona humana –sin consideraciones de tipo social, económico, político o cultural– el *status* de ciudadano libre y autónomo.

asistir a centros de salud, enviar a los niños al colegio y prevención en lo relativo a la nutrición materno-infantil.

Finalmente, en la actualidad en la mayoría de los países existe un modelo débil de Renta Básica, ya sea a través del otorgamiento de pensiones, remuneraciones mínimas vitales, de subsidios de pobreza, etc., de tal forma que el reto del futuro y de los próximos años está en crear las condiciones adecuadas para la eficacia y ejercicio de este derecho humano, y dotarle de mecanismos jurisdiccionales adecuados para su eficacia.

8.7. DERECHO AL PUESTO DE TRABAJO

En el Capítulo VII (*supra* § 7.1.) se expuso el tema referido a la protección del derecho al trabajo en su manifestación como los derechos del trabajador *en* el trabajo. En esta misma línea se reconoció que el derecho al trabajo tiene una dimensión abstencionista, manifestándose como derecho no prestacional o incondicionado (*supra* § 6.6.1. y 6.6.3.).

Ahora corresponde exponer algunas reflexiones sobre su contenido prestacional, como es el caso referido del derecho de acceso al puesto de trabajo, al derecho de todo ciudadano a tener asegurado un puesto laboral, a que el Estado asegure un trabajo o puesto a sus ciudadanos. Ello entendido, no como que todos los ciudadanos trabajen para el Estado de forma obligatoria –tipo de servidumbre o esclavitud estatal–. Sino como la potestad del ciudadano de ejercer su derecho a ocupar un cargo o puesto en el Estado, y que éste le tenga asegurado uno. De tal modo, que si el ciudadano considera apropiado ejerce su derecho y desempeña la labor en el puesto que la ha sido reservado en el Estado.

Como se podrá apreciar, simplemente este derecho en el mundo contemporáneo actual no existe, y se encuentra en la misma situación que el derecho a la renta básica que acabamos de exponer (*supra* § 8.6.), pero no obsta a que expongan los fundamentos que sustentan este derecho, que tiene por supuesto una relevancia personal, pero de forma también central, pública o colectiva.

Sobre el derecho al acceso al puesto de trabajo se plantea el problema referido al financiamiento para la creación de los puestos de trabajo, así como que el Estado tenga que crear tantos puestos como individuos hay, o que despliega una ingente actividad empresarial o económica para contratar masivamente a los ciudadanos.

Este derecho no está expuesto en los términos de la contratación masiva o absoluta del Estado o que contrate personas en puestos “proselitistas” o “demagógico-electorales”, sino en los puestos que corresponde a la prestación de los servicios públicos, a las funciones constitucionales que desempeña o a su actividad empresarial compartida o estratégica. Y en el desempeño de estas funciones crear los puestos de trabajo para los ciudadanos y asegurar su ingreso a aquellos que cuenten con las capacidades e idoneidad para el puesto.

Para ocupar el puesto de trabajo se tomará en cuenta la capacitación y formación profesional, y según la especialización se otorgará el puesto respectivo, sin descartar la contratación en obras que no requieran de una capacitación previa y vinculada a los programas de fomento del empleo⁶¹⁵.

De otro lado, en el momento actual y vinculado a este derecho prestacional, se realizan programas sociales de fomento del empleo y contratación temporal. Pero como tal, el programa de contratación es una decisión unilateral y discrecional, así como el criterio de selección de personal se basa en juicios de índole política (demagógica, indiscriminada y sujeta a la voluntad política).

En un ámbito del Estado este derecho si es plenamente vigente, piénsese en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional, donde los egresados de estas instituciones tiene asegurado, derecho a ocupar un puesto dentro de la institución castrense respectiva, y estos porque el Estado tiene para si reservada de forma plena la defensa interna y externa la nación, y para la comisión de tal fin, «contrata» a todos los egresados de las instituciones armadas y policiales. Así los egresados de estas fuerzas tienen asegurado un «puesto de trabajo» un lugar en la organización policial-militar.

En este caso, los egresados, pueden exigir, ante un incumplimiento de colocarlos en los puestos respectivos, que se respete su derecho al «puesto». En el caso de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional el derecho a un puesto de los egresados de las instituciones castrenses se manifiesta como un derecho incondicionado (*supra* § 6.6.1.). Existe un derecho cierto, líquido, concreto, un sujeto beneficiario (graduado de las

⁶¹⁵ Se ha planteado desde otra perspectiva que no se requiere de una especialización o profesionalización para el desempeño de una actividad laboral, a partir de considerar que el individuo con un entrenamiento o formación corta y previa adquiriría las capacidades y técnicas adecuadas para desempeñar una actividad laboral. Sin embargo, de acuerdo a la cada vez más tecnificada de la economía y de las formas de producción, la capacitación especializada se hace como un elemento a tener en cuenta siempre.

fuerzas militares o policiales), un sujeto obligado (Estado/ F.F.A.A. o P.N.P.), y una obligación, otorgar o ubicar en el puesto correspondiente según el grado y la especialización.

Este es un claro ejemplo que el derecho a un puesto de trabajo no es absolutamente y de forma total un derecho prestacional condicionado.

En esta dirección y en un grado más relativo –por no decir sujeto a condicionamiento– se encuentran los profesionales de la medicina y los profesores, por citar unos ejemplos, que pretendan trabajar para el Estado.

Si bien en estos casos no está asegurada las plazas, ya que se encuentran condicionadas a la designación o nombramiento previo, evaluación o concurso público de méritos, o en el peor de los casos, a la existencia propia de una plaza vacante, una vez que se designa o nombra en el cargo, como ocurre en las otras instituciones del estado se tiene un vínculo laboral permanente con el Estado, se tiene asegurado el puesto de trabajo en la administración estatal.

Es, en este aspecto, donde se tendría que institucionalizar el derecho al puesto de trabajo, mediante la creación de plazas suficientes para los profesionales que egresan de las universidades o institutos superiores. Mientras tanto, se está aun sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones, el primero de ellos, superar el concurso públicos de méritos. Ya que una vez satisfecho de forma positiva el concurso público de méritos el profesional de la medicina o de la educación, y también de las otras profesiones que existen en el Estado, tiene asegurado el puesto de trabajo.

Ello significa, que el derecho al puesto de trabajo, con los fines de asegurar la calidad de las prestación del servicios público o de las funciones del Estado, ha establecido un filtro para acceder a los puestos estatales, y este filtro son los concursos públicos de méritos. En esta dirección es a donde se ha de apuntar para efectivizar este derecho prestacional condicionado de acceso al puesto de trabajo. En tanto, queda en manos de los entes estatales de crear nuevas plazas y con ello de convocar a los respectivos concursos públicos de méritos para acceder al puesto.

En este caso, la institucionalización del acceso al puesto de trabajo de los docentes y los médicos pasa por la creación permanente de nuevos puestos de trabajo, con ellos con la ampliación de las funciones educativas y médicas, con la

implementación de nuevas infraestructuras que permitan la prestación de servicios, y la convocatoria pública para acceso a estos puestos.

En tal caso, existe un mínimo de organización en el Estado para llevar adelante estas funciones y protección del derecho al puesto de trabajo, ya que el Estado, mediante el Ejecutivo y de forma específica a través de sus Ministerio de Educación y de Salud son los entes responsables de velar por el cumplimiento de estos servicios/funciones, cuentan con un presupuesto propio, especial para la atención educativa o médica, cumplir con las obligaciones sociales de su personal y la construcción de nuevas infraestructuras.

Esta organización normativa y presupuestaria de los ministerios respalda la institucionalización del derecho de acceso al puesto de trabajo, ya que no solo se trata de mantener los servicios públicos que se tiene, sino, de forma central, aumentar y ampliar estos servicios a otros ámbitos de la nación. Y esta función, central, se realiza justamente mediante la actuación de estos ministerios, donde el derecho al puesto de trabajo es una pieza primordial en la progresividad de las prestaciones de educación y salud.

En tanto, para la prestaciones de los servicios de educación y salud, no solo se requerirá de la existencia de una infraestructura educativa o médica (colegios, hospitales, etc.) sino personal que se encargue de prestar este servicio, y de profesionales que garanticen la calidad del servicio, estos profesionales tendrán derecho al puesto de trabajo, siempre que superen de forma satisfactoria el concurso público de méritos. Ante este condicionamiento estarán dirigidas las medidas destinadas a tutelar los derechos sociales prestacionales condicionadas (*supra* § 6.6.4.) a velar que la autoridad ministerial cree plazas de forma frecuente, convoque a los concursos públicos de méritos y verificar la transparencia de los concursos públicos de méritos.

8.8. SUSTITUCIÓN DE OTORGAMIENTO DE PRESTACIONES

Existen derechos sociales que cuentan con una institucionalidad que los respalda y garantiza su plena vigencia, y por ende se los otorga tutela jurisdiccional de forma directa, a estos derechos los hemos llamado derechos sociales incondicionados (*supra* § 6.6.1.). Los sujetos titulares de los derechos sociales incondicionados pueden requerir a la autoridad jurisdiccional su tutela o garantía de vigencia.

La institucionalidad, en estos casos, está conformada por la existencia de una normatividad que precisa quienes son los sujetos beneficiarios de la prestación, los requisitos para el otorgamiento de la prestación, la prestación en sí, y el sujeto obligado a cumplir con el otorgamiento de la prestación. Asimismo, se cuenta con partidas presupuestadas y aprobadas para el otorgamiento de estas prestaciones, están debidamente financiados. Y finalmente, existe una infraestructura (escuelas, hospitales, albergues temporales, etc.) donde realizar la prestación.

En resumidas cuentas, los derechos sociales incondicionados en el campo jurídico cuentan con: *a)* el sujeto beneficiario, *b)* la obligación y *c)* el sujeto obligado. Elementos que conforman un derecho líquido de protección inmediata.

No es menos frecuente que en la dinámica de la sociedad, se van a presentar situaciones en la cuáles las personas que son titulares de un derecho social no les corresponda el otorgamiento de una prestación de dicho derecho social. Por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a pensión. Este derecho es un derecho universal que tienen todos los ciudadanos, pero no a todos se les va otorgar un monto pensionario, la prestación expresada en términos monetarios. Se les otorgará el monto a aquellas personas afiliadas a un régimen pensionario y cuando se produzca la contingencia o el estado de necesidad. Lo mismo sucederá con las prestaciones de la seguridad social, que se requiere la condición de asegurado.

Teniendo en cuenta estos casos, se plantea que es factible otorgar las prestaciones de un derecho social incondicionado a las personas que legalmente no cumplen con los requisitos exigidos para percibir dicha prestación, pero, sin embargo, se encuentran en un estado de necesidad o frente a la concurrencia de una contingencia material que amerita un tratamiento igualitario que faculta otorgar dicha prestación. Y ello se hace en función del trato igualitario y del razonamiento analógico, que frente a hechos distintos (no cumplimiento de requisitos legales) se requiere otorgar una solución jurídica igual (frenar o extinguir el estado de necesidad grave).

En nuestros términos, utilizamos el nombre de sustitución de otorgamiento de prestaciones, en la medida que la falta de cumplimiento o concurrencia de un requisito legal, no puede ser obstáculo suficiente para negar el otorgamiento de la prestación dada la concurrencia del estado de necesidad, ya que finalmente los derechos sociales, en principio no están en función de la ley, sino, la ley es un instrumento de su

concretización, y ante la concurrencia del estado de necesidad ha de prevalecer el derecho constitucional frente a las restricciones o limitaciones legales que haya impuesto el legislador para la generalidad, y a partir de la evaluación de la gravedad del estado de necesidad el juez podrá otorgar la prestación, sustituyendo la ilegalidad de la prestación (no cumplir con los requisitos legales) por la constitucionalidad de la prestación, la misma que se hará en base a la institucionalidad del derecho social incondicionado.

La sustitución de otorgamiento de prestaciones, procede si se dan las siguientes condiciones: *a)* Pre-existencia un derecho prestación incondicionado, en los términos que cuenta con la institucionalidad (normativa, financiera e infraestructura) que respalde la prestación; *b)* Sujeto obligado o responsable del otorgamiento de la prestación; *c)* Descripción de la prestación, contenido, alcances, etc., *d)* sujetos beneficiarios. Ejemplo de estos derechos son las prestaciones de la seguridad social, sean en la modalidad de prestaciones de pensiones, de salud (atención médica, tratamientos, etc.), de medicamentos, o del derecho a la educación entre otros.

La sustitución de otorgamiento de prestaciones, no es un tema teórico que se elabora, sino, ha tenido una expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Hablamos, por ejemplo, de la STCPe N° 02945-2003-AA/TC⁶¹⁶, donde Azanca Alhelí Meza García solicitó al Estado otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA.

El Estado mediante el Ministerio de Salud alegó que Azanca Alhelí Meza García no se encontraba dentro del grupo de beneficiados según lo dispuesto por la Ley N.º 26626 y el artículo 10 del Decreto Supremo N.º 004-97-SA, Reglamento de la Ley N.º 26626, en tanto únicamente los beneficiados eran las madres gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada.

El Tribunal Constitucional resolvió la presente demanda declarando Fundada la acción de amparo y ordenó que se considere a la recurrente Azanca Alhelí Meza García en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud.

⁶¹⁶ STCPe N° 02945-2003-AA/TC, (atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA), Lima, Azanca Alhelí Meza García, de fecha 20 de abril de 2004, <<http://www.tc.gob.pe>>.

El presente proceso, resulta de suma importancia toda vez que se supera el alegado argumento de la disponibilidad económica y la configuración legal de los derechos sociales⁶¹⁷. Azanca Alhelí Meza García según la ley y el Reglamento no cumplía con los requisitos legales para recibir la prestación consistente en el tratamiento integral contra el VIH/SIDA.

El Tribunal Constitucional peruano, sustituyó la falta de los requisitos legales y protegió el derecho a la salud, frente al estado de necesidad, otorgando las prestaciones de atención médica integral, teniendo en cuenta la Ley N.º 28243, que modificaba la Ley N.º 26626, en base a la campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales.

De tal forma, resulta importante traer a colación el fundamento jurídico N° 33 de la STCPE N° 02945-2003-AA/TC, sobre las condiciones del estado de necesidad: “En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”.

En conclusión, se propone, ante situaciones de estados de necesidad graves, debe proceder la sustitución de otorgamiento de prestaciones a partir del principio del trato igualitario y el razonamiento analógico frente a las contingencias materiales. Por el

⁶¹⁷ STCPE N° 02945-2003-AA/TC, Lima, Azanca Alhelí Meza García, de fecha 20 de abril de 2004, <<http://www.tc.gob.pe>>. Fundamentos Jurídicos N° 49 y 50: “49. Conforme lo hemos venido señalando a lo largo de esta sentencia, los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional.

Es necesario, entonces, recomendar acciones concretas por parte del Estado para la satisfacción de estos derechos, sea a través de acciones legislativas o de ejecución de políticas, como se ha podido observar en el caso de autos, en la medida en que el Ministerio de Salud viene implementando acciones concretas para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA. [...]

50. De este modo, este Tribunal concluye concediendo protección jurídica a un derecho social, como lo es el derecho a la salud, pues en este caso en particular se han presentado las condiciones que así lo ameritan.

Este pronunciamiento a favor de la recurrente se fundamenta no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por razones fundadas en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley N.º 28243, que modifica la Ley N.º 26626; más aún cuando actualmente se viene promocionando una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en condiciones de extrema pobreza, en cuyo grupo debe ser considerada la recurrente, toda vez que cuenta a su favor con una medida cautelar otorgada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (fojas 23–75 del cuadernillo del Tribunal).

cual, frente a situaciones de hecho distintas se requiere dar un similar tratamiento jurídico.

Las situaciones de hecho distintas recae en que una persona tiene la condición de asegurado, aportante, beneficiario de la ley, etc., y la otra persona no ostenta dicha condición (no cumple los requisitos formales-legales); y, la situación similar, se presenta en que ambos padecen de un estado de necesidad o sufren una contingencia (desde punto de vista material), por lo que ambos requieren del otorgamiento de la prestación, de una solución jurídica igual, de un trato igualitario: tutela eficaz frente a las contingencias materiales o estados de necesidad graves.

En esto consiste la sustitución de otorgamiento de prestaciones, frente a un mismo estado de necesidad se otorgará las prestaciones del derecho social incondicionado a las personas que no cumplan con los requisitos formales o legales.

CAPÍTULO IX

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

9.1. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS FORMULADA

En las siguientes líneas se hará una verificación de la hipótesis planteada sobre la eficacia jurídica de los derechos sociales prestacionales condicionados, para lo cual a partir de una interpretación constitucional de la cláusula del Estado social y democrático de derecho y de las cláusulas constitucionales de derechos sociales⁶¹⁸, se han logrado no solo establecer que estos derechos prestacionales condicionados no solo se manifiestan como mandatos de optimización o concretización por parte de los poderes estatales; sino, principalmente, habilitan la competencia de los órganos jurisdiccionales para configurar su institucionalización, como un presupuesto de plena vigencia de los derechos sociales.

Si bien se parte de reconocer que existen derechos sociales que no pueden ser tutelados de forma directa por los órganos jurisdiccionales, ello no significa que estos derechos carezcan de eficacia jurídica y tampoco enervan en modo alguno la potestad jurisdiccional del Estado para implementar las condiciones adecuadas para tornarlos eficaces.

⁶¹⁸ Ello en razón de la manifestación del sistema democrático y del carácter informador de dicho sistema que realizan los derechos sociales e su condición de derechos constitucionales. *Vid.* Sastre Ariza, Santiago: "Hacia una teoría exigente de los derechos sociales", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 112, abril-junio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, págs. 261-262.

Aquí, hay una primera diferencia con lo que se ha venido sosteniendo de forma clásica. Los derechos sociales prestacionales condicionados no solo generan responsabilidades en el Parlamento y en el Ejecutivo, con sus respectivos Ministerios, sino de forma preponderante en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Estos órganos constitucionales son los responsables de garantizar la plena vigencia de los derechos sociales de contenido prestacional condicionado.

El Poder Judicial y el Tribunal Constitucional ejercen control sobre los mandatos constitucionales de implementación de las condiciones que hagan efectivo los derechos sociales prestacionales condicionados. Y esta función contralora consistirá en supervisar, exhortar, requerir, o dependiendo de las circunstancias fácticas, implementar las condiciones que tornen eficaz el derecho social prestacional condicionado, es decir, construir las condiciones faltantes, institucionalizar el derecho social prestacional y garantizar su plena vigencia *v.g.* se ponga en peligro la dignidad o la propia existencia de la persona.

Esta responsabilidad de los órganos jurisdiccionales, se desprende a partir de la propia norma constitucional, de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, de las cláusulas de derechos sociales y de las competencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. La tutela de los derechos sociales incondicionados como la tutela de los derechos sociales prestacionales condicionados se basan en premisas de índole constitucional: *a)* en la fuerza normativa de la constitución y *b)* los derechos sociales como verdaderos límites al poder⁶¹⁹.

Y como dato empírico, como expresión de estos bienes constitucionales, contamos con sentencias del Tribunal Constitucional peruano que han protegido, vía Proceso Constitucional de Inconstitucionalidad (*supra* § 8.3. y 8.4.), derechos prestacionales condicionados; así mismo, se ha reconocido que mediante un Proceso Constitucional de Amparo o un Proceso Constitucional de Cumplimiento se pueden exigir el cumplimiento de mandatos constitucionales que agraven de forma directa un

⁶¹⁹ “El primero, porque por figurar en constituciones que operan como auténticas normas los derechos sociales deben gozar del mismo carácter preceptivo que el resto de los enunciados constitucionales, con independencia de que no tengan las mismas garantías de los derechos individuales. Lo segundo, porque por ser derechos deben funcionar como obligaciones para el Estado. Aun cuando el legislador disponga de una enorme libertad para ajustarse a estos derechos, no por ello dejan de aparecer como límites o mandatos dirigidos al legislador porque así lo quiso la voluntad constituyente.” *Vid.* Sastre Ariza, Santiago: “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *op. cit.*, pág. 267.

derecho constitucional social, es decir, nos encontremos frente a un acto lesivo constituido por una omisión constitucional de uno de los poderes o instituciones del Estado⁶²⁰.

9.1.1. NUEVAMENTE SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES CONDICIONADOS

Iniciamos con una interrogante ¿Cuáles son las diferencias con aquellas funciones que se consideran esenciales al Estado, por ejemplo, la jurisdiccional, ejecutiva, legislativa, contralora, recaudadora y sancionadora, entre otras, con las funciones referidas a la prestación de servicios públicos?

Una primera respuesta ha sido que no se consideran como un elemento o función esencial del Estado a los servicios públicos, por lo que están sujetas a la voluntad política del gobierno de turno. Situación que contribuye con su precariedad institucional (falta de autonomía normativa, administrativa y presupuestaria e independencia de sus funcionarios). No ostentan un carácter vinculante; es considerada discrecional, dependiente del Ejecutivo, y utilizada, más de las veces, demagógicamente, con fines electorales.

La función referida a la prestación de servicios públicos, aun es considerada como políticas sujetas a la voluntad del gobierno, es decir, sujetas al juego político, al gobierno elegido. No se las considera consustanciales o esenciales al Estado, que sobrepasa el actuar de un gobierno determinado, como por ejemplo, salud, educación, seguridad social, viviendas, etc.

En la medida que las prestaciones de servicios públicos son consideradas en la actualidad, como una función prácticamente del Ejecutivo, y en ciertas circunstancias de los gobiernos descentralizados (Regiones o Municipios), y como políticas definidas legalmente por el Parlamento, no pasan de ser más que propuestas electorales o programas sin calendario o planeamiento determinado. No tanto, en el sentido, que no existan propuestas de los partidos políticos o gobiernos de turno, sino, por ejemplo, en el plano jurídico no están reguladas, organizadas o reglamentadas en una norma jurídica que determine el modo de su realización, ejecución, los responsables y el otorgamiento de las prestaciones. En una normatividad que supere el rango legal.

⁶²⁰ STCPE. N° 05427-2009-PC/TC, Lima, Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), de fecha 30 de junio de 2010, FJs. 24 y 25, <<http://www.tc.gob.pe>>.

Programas, se acepte o no, han estado sujetos a las propuestas electorales (¡bajaremos el costo de vida!, ¡subiremos los salarios de...!, ¡construiremos viviendas en...!, ¡crearemos hospitales en ...!, ¡centros educativos a nivel nacional!, ¡aumentaremos las pensiones de ...!, etc.) y cuando ya están en el gobierno, no son vinculantes u obligatorias para su implementación, se sirven del propio Estado para excusarse de sus propuestas (¡falta de presupuesto!, ¡de disponibilidad financiera de la nación!, ¡generaremos desbalance financiero!, ¡pone en riesgo el sistema de mercado!, etc.), por lo que su inobservancia o falta de implementación en la sociedad, la falta de su ejecución, independiente de haber sido una propuesta electoral o exigencia de la ciudadanía, no conlleva ninguna consecuencia jurídica.

Situación muy distinta de las funciones tradicionales del Estado, que tienen sus leyes orgánicas, sus procedimientos de elección de sus funcionarios y trabajadores, sus competencias, su presupuesto, es decir, cuentan con una institucionalidad. Y ante el incumplimiento de sus leyes orgánicas o de sus funciones, necesariamente se genera una consecuencia jurídica, como iniciación de procedimientos administrativos, amonestaciones, sanciones, destitución, responsabilidades civiles, penas restrictivas de la libertad, de un lado, y de otro, el otorgamiento de prestaciones o el goce de derechos.

En cambio, los servicios públicos, están sujetos en su totalidad al juego político, a las propuestas electorales y proyectos ideológicos de los partidos políticos, utilizadas en su mayoría de las veces como medidas para levantar la popularidad de su líder o bancada, o para beneficiar intereses partidarios-sectoriales, con una escasa fiscalización y la no menos «ineficacia», por no decir desvío de los fondos, en la ejecución de las prestaciones de los servicios públicos. Institucionalmente no están regulados en el ordenamiento jurídico en normas con rango de leyes orgánicas o de desarrollo constitucional, sino, ya a nivel legislativo, a la merced del Parlamento o Ejecutivo, o de normas reglamentarias, a merced de este último.

A pesar de que existen leyes referidas a las prestaciones de salud, educación, seguridad social, fomento del empleo, no están reguladas como función o servicio esencial del Estado, sino como competencias del gobierno, cada uno está aisladamente y operan sujetos a los vaivenes de los partidos políticos elegidos y sus programas, si es que los tienen, en la mayoría de los casos, de acuerdo a la coyuntura político-social. No tienen una normatividad unificada, y cada elección presidencial y parlamentaria cambia

su organización, sus funciones, sus proyectos, su presupuesto, sus funcionarios, no gozan de independencia y autonomía frente al poder político, más bien están sometidos a este, lo cual hace que carezcan de una institucionalidad.

A la interrogante planteada, finalmente contestamos, que por más que estas funciones, los servicios públicos sociales, hayan estado en manos de la política, de los gobiernos de turno y manejadas electoralmente, son mandatos constitucionales, y como tales, son funciones estatales, y no políticas discrecionales de los gobiernos de turno. De tal manera, como funciones estatales corresponde a los órganos jurisdiccionales velar por su cumplimiento. Velar porque estos órganos del Estado cumplan con la obligación de implementar las condiciones que efectivicen los derechos sociales. Y es eso lo que hacen los órganos jurisdiccionales cuando exigen, exhortan a los otros órganos del Estado para que cumplan con los mandatos constitucionales de prestación de los derechos sociales (institucionalización).

Si bien la competencia de aprobar el presupuesto recae en el Parlamento, este tiene límites que respetar establecidos por la norma constitucional. En esta dirección, todas las instituciones del Estado cuentan con un presupuesto para el cumplimiento de sus funciones, competencias y atribuciones, así como cuentan con un presupuesto reservado para la ejecución de los mandatos jurisdiccionales que impliquen obligaciones prestacionales de índole económica y que significan un gasto público.

En esta línea, es recomendable regular normativamente la obligación de las instituciones del Estado de disponer de su presupuesto para la protección de los derechos fundamentales que requieren prestaciones económicas para su ejercicio y que han sido prescritas en la sentencia de un órgano jurisdiccional.

9.1.2. ESTADO SOCIAL: POLÍTICAS EN MATERIA ECONÓMICA Y SOCIAL

En el tránsito del Estado liberal se produce la separación del Estado de la sociedad, en los términos de ser libre de la sociedad. En cambio en el Estado social, se da la inclusión de la sociedad en el Estado, y también la intervención del Estado en la sociedad. El camino a seguir ahora es ya no tanto la separación o inclusión de la una en la otra, sino que, la sociedad y la política (*polis*) deben de estar delimitadas, sin interferencia de una en la otra, y, en todo caso, correlacionadas, en la medida que ambas se influyen o colaboren para alcanzar sus propias metas o fines.

La política, entendida como la actividad discrecional de los poderes públicos, se condicen con la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales. Los nuevos gastos públicos que implican el ejercicio de estos derechos sociales se hacen en función de la habilitación de las partidas presupuestarias ordenadas por los órganos jurisdiccionales, los mismos que si bien no se pueden hacer de inmediato, salvo las que estén destinadas a específicos derechos sociales, no ha de pasar más de un año presupuestal para iniciar la habilitación de las partidas presupuestarias necesarias para sustentar los mandatos constitucionales de prestación de servicios sociales.

Es reconocida la participación del Estado en la economía y en la sociedad, y está actuación, tiene una regulación normativa, como es el reconocimiento del Estado actual que se basa en una economía social de mercado, realiza una economía planificada, que no es lo mismo que planificación económica, puede desarrollar actividad empresarial, actuar frente a las crisis financieras, etc. (*supra* § 5.4.4.). De otro lado, participa activamente en el plano social, implementando programas de asistencia social, como desayunos y almuerzos escolares, programas de alimentación subsidiada, de pensión para los pobres, etc. (*supra* § 5.3.1.)

Esta función implica que el Estado no sólo garantiza la estabilidad jurídica, el orden y la paz social, sino además busca mantener condiciones económicas y financieras estables. Busca obtener un equilibrio económico. Para lo cual intervendrá el Estado con el fin de lograr: *a)* prevenir los desastres financieros o económicos, *b)* realizar actividad empresarial sobre recursos naturales estratégicos, en todo caso, la concesión, deberá obtener la mayor rentabilidad y beneficios posibles, *c)* crear organismos especializados de regulación de las actividades económicas como las referidas a la prestación de servicios y derechos de los usuarios, *d)* a través de un Banco Central Nacional, regular las fluctuaciones del intercambio monetario y de la estabilidad del sistema bancario, *e)* manejo responsable del presupuesto del Estado, con visión de recaudación eficiente e inversión sostenida y progresiva.

9.1.3. ESTADO SOCIAL: PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS SOCIALES Y DERECHOS SOCIALES

Sobre la prestación de servicios públicos, en este aspecto se notará en mayor medida la intervención del Estado en la sociedad o en grupos o sectores sociales, con la implementación de programas tendientes a prestación servicios públicos, con la

finalidad de implementar la condición de ciudadanía en todo el territorio. En este aspecto, el factor a tener en cuenta será la viabilidad financiera o disponibilidad económica del Estado, para implementar las prestaciones sociales.

Recuérdese que se habla de tener en cuenta, lo cual no significa en modo alguno, renuncia u omisión en su implementación hasta que se cuente con los todos los recursos necesarios que financien de forma global, total y acabada un programa social, nada de ello, sino la factibilidad económica únicamente se tendrá en cuenta para los fines del ámbito de aplicación y progresivo desarrollo, el mismo que debe ser implementado anualmente en la Ley de Presupuesto. El límite económico está referido al ámbito de aplicación (población) más no a su existencia dentro del Estado.

Frente a los actos prestacionales de servicios públicos del Estado, existen, en el otro ámbito, unas potestades o derechos, que son reconocidos como titulares los sujetos, las personas a quienes están dirigidas esas prestaciones estatales (servicios públicos), es decir, los beneficiarios de las prestaciones sociales. Derechos que serán protegidos, en tanto se encuentren respaldadas con una institución. De no haber la institución, el ser titular de un derecho prestacional lo faculta para exigir al Estado, órganos de gobierno, para implementar estas instituciones, a lo cual se denomina eficacia jurídica frente a los órganos del Estado (Gobierno, Parlamento, Juez constitucional) (*supra* § 6.8.2.).

Frente a estos derechos prestacionales condicionados, tenemos los derechos sociales no prestacionales (*supra* § 6.6.1.) que son tutelables jurisdiccionalmente de forma directa frente a los órganos de Gobierno. Estos derechos sociales, a diferencia de los prestacionales condicionados, si cuentan con una institución que los respalde, y los mismos son tutelables jurisdiccionalmente de forma directa ante su vulneración, en tanto cuentan con respaldo normativo: *a)* sujeto beneficiario, *b)* sujeto obligado y *c)* obligación determinada; y un sustento institucional, normativo o financiero. Cuentan con presupuesto propio. Estos derechos, se asimilan a los derechos que no requieren de una prestación estatal, se protegen de forma similar a las libertades, de forma directa e inmediata ante los jueces.

9.1.4. PERSPECTIVA JURÍDICA Y SOCIAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES CONDICIONADOS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS SOCIALES

Se parte desde la preexistencia del Estado, de una convivencia humana basada en una organización jurídica y política, a la cual se denomina en la época moderna como Estado de Derecho, y en los tiempos actuales como Estado Constitucional. Esta organización político-jurídica se caracteriza por establecer una convivencia pacífica de los seres humanos, donde la organización obedece al principio del control racional del poder, en todo caso, fundado en la voluntad popular, donde las relaciones de convivencia están regulados por normas jurídicas, las mismas que son vinculantes y estipulan sanciones ante su infracción, campo perteneciente al Derecho, como instrumento vinculante de convivencia social.

Asimismo reconoce determinados atributos al ser humano como esenciales o inalienables, referidos por supuesto a una visión o comprensión de la persona; y, finalmente en un contexto cultural, ideológico, político, antropológico o, más aun, filosófico, de comprender al ser humano con su entorno, como paradigma de existencia.

Esta organización político-jurídica tiene como base a un grupo de seres humanos que organizados conforman una sociedad, sociedad que está conformada por individuos, donde los intereses de estos individuos encuentra su satisfacción en los intereses de otros individuos, generándose una concurrencia de intereses de un lado, así como la sociedad garantiza la existencia y supervivencia de sus integrantes, claro con mayores comodidades y privilegios que otros, pero viabiliza la supervivencia, y finalmente para hacer que sus integrantes perduren, satisface sus necesidades, brindándoles lo necesario para su vida.

Ante la organización social (o sociedad), y su regulación jurídica-política, el Estado, el que los dinamiza y renueva de forma permanente, y es su centro de origen, no es otro que el ser humano. A quien, se le puede concebir ya sea como un individuo, como ente único, diferente, o como persona, como ser igual a los demás, titular de ciertos atributos esenciales o innatos.

Como individuo, cuida de su propia existencia, de sus intereses, de sus perspectivas, sueños y proyectos. En cambio, como persona, se presenta en el Estado, en la *polis*, en la ciudad, dentro de una organización política, y se relaciona con los demás en términos de paridad, y mediante el discurso, el diálogo, recrea su entorno,

regula su convivencia y relaciones, se perfecciona y trata de alcanzar la excelencia. En este ámbito, individual, son dos los componentes que han de existir siempre, la dignidad, con libertad e igualdad, componente que trasunta su expresión existencial para ser llevada a al campo jurídico, al campo de los deberes y de los derechos, al campo de las conductas sancionadas.

En el contexto descrito, tanto la sociedad como la política (*polis*, Estado), tienen una existencia propia y peculiar, la una trata de garantizar la supervivencia del ser humano como animal racional, constituido por un cuerpo y un alma (cognitiva), no sólo satisfaciendo sus necesidades, las necesidades del cuerpo, sino realizando su personalidad. Y de otro lado, el Estado (*polis*), como único ámbito donde puede existir este ser cognitivo, con sus pares, entre iguales. La sociedad le permite al hombre la satisfacción de necesidades vitales o biológicas, mediante su capacidad transformadora del mundo mediante el trabajo. En cambio, el discurso, el dialogo, la palabra, le construirá el ambiente para convivir con sus semejantes, con su pares, lo otros humanos, buscando en este ambiente, alcanzar la excelencia o desarrollo máximo de sus capacidades.

Se ha presentado el caso, desde nuestro punto de vista, que la sociedad no ha logrado en su totalidad la garantía de la defensa de la persona humana en su existencia biológica –y que decir de su existencia espiritual–. Por ello, la satisfacción de las necesidades del cuerpo y de los peligros del medio ambiente, que tampoco puede resolverlas de forma definitiva, consiste en obtener los suficientes elementos para responder adecuada y eficazmente a estos requerimientos.

Esta función propia de la sociedad ha sido trasladada al ámbito político, al Estado, requiriéndole a éste que cubra estas necesidades, proteja de estas amenazas. Con lo cual se ha trastocado las funciones propias de cada uno de estos ámbitos, haciendo que el Estado, la *polis*, la política, se introduzca en las funciones propias de la sociedad y haciendo que la sociedad como tal se vea debilitada o «excluida» de resolver los problemas propios de la convivencia humana y de la satisfacción de las necesidades biológicas.

En este contexto, se presenta por ejemplo el problema de los derechos prestacionales sociales, que se ha planteado como un problema de eficacia jurídica, cuando su solución pasa por una consideración social de organización.

Entonces, se trata previamente, de independizar la sociedad del Estado (*polis*) y el Estado (*polis*) de la sociedad, luego instrumentalizar la sociedad en beneficio del Estado (*polis*), es decir, en beneficio de la convivencia de personas. En la medida que la sociedad garantice la existencia biológica y social de sus integrantes, en el ámbito político este se encontrará libre de las necesidades biológicas, y como tal no sujeto, condicionado o determinado a actuar en base a las necesidades, sino como ser emancipado, libre, a actuar en base a su *logos*, actúe políticamente, discursivamente con sus semejantes, sus iguales, las otras personas, confeccionando la voluntad del Estado, de la *polis*, de la comunidad, en función a alcanzar la excelencia de la vida o su mayor desempeño de sus capacidades, en base al entendimiento y no a la aprehensión de la necesidad.

9.1.5. LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES CONDICIONADOS

Los contenidos del Estado social y democrático de Derecho, como se mencionó (*supra* § 5.1.) están conformados por: *a*) las políticas públicas en materia económica y social, *b*) por la prestación de servicios públicos y *c*) derechos constitucionales económicos, sociales y culturales. Además, los derechos sociales implican una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva, referida a su institucionalidad⁶²¹.

Los derechos sociales pueden ser derechos «no prestacionales» incondicionados (referidos a la esfera individual). Estos derechos no revisten mayores problemas para su tutela que los clásicos derechos de libertad o también considerados como derechos fundamentales (*supra* § 6.1.).

Seguidamente tenemos los derechos sociales prestacionales (*supra* § 6.6.). Los derechos sociales prestacionales son aquellos derechos que requieren actuaciones positivas del Estado y están vinculados a la existencia de una normatividad, infraestructura o disponibilidad financiera para su ejercicio o goce. Estos derechos sociales prestacionales a su vez se clasifican en derechos prestacionales incondicionados y en derecho prestacionales condicionados. Los derechos sociales prestacionales incondicionados (*supra* § 6.6.1.), se refieren a aquellos derechos que si bien están relacionados a la existencia de una institucionalidad, para su goce no se afecta el

⁶²¹ Al respecto, *vid.* Cascajo Castro, José Luis: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 52 y ss.

presupuesto existente del Estado, es decir, el Estado no hace uso de sus recursos públicos o un gasto público. Los derechos sociales prestacionales incondicionados, por tanto, si bien en un inicio requerirán de la implementación de la institucionalidad para su goce o ejercicio, pues esta institucionalidad ya fue estatuida, estos cuentan con dicha institucionalización, y como consecuencia de ello, su realización no implica decisiones sobre el presupuesto de la nación. Por lo que las prestaciones bien pueden ser realizadas por el Ejecutivo y sus ministerios o implementada por el juez, mediante la orden de un mandato de hacer para tutelar el derecho constitucional reclamado. En suma, estos derechos sociales prestacionales incondicionados, son similares, en cuanto a su eficacia jurídica, similar a los derechos sociales no prestacionales (incondicionados) o los derechos de libertad.

Frente a estos derechos, se presentan los derechos sociales de contenido prestacional condicionado (*supra* § 6.6.2.). En este caso, los derechos sociales requieren de prestaciones económicas, de un gasto público o financiero para tornar un derecho social eficaz, o requieren de una normatividad, de la existencia de un andamiaje administrativo o de infraestructura que permita su ejercicio, por lo que de por medio está la disponibilidad económica, gasto del tesoro público, normatividad o infraestructura, a partir de éstas se puede concretizar, tornar vigente un derecho social.

En estos casos, la competencia para implementar la institucionalidad requerida (financiamiento, normatividad, administración o infraestructura), corresponde a la función legislativa o ejecutiva, a fin de habilitar las partidas presupuestarias correspondientes, emitir la normatividad, la administración o la infraestructura, en tanto mandatos constitucionales de políticas públicas en materia económica y social, o prestación de servicios públicos. Y cuando la vigencia de un derecho social dependa del cumplimiento de estas funciones estatales, asume competencia el órgano jurisdiccional para tutelar el derecho social, invocando finalmente a los órganos estatales a que cumplan con sus funciones constitucionales.

En este caso, la tutela de los derechos sociales, su ejercicio o goce, su eficacia⁶²², previamente requerirá la configuración de la institucionalidad, la implementación de la infraestructura o los recursos para otorgar las prestaciones exigidas, lo cual implicará

⁶²² Sobre los grados de mayor y menor eficacia de los derechos sociales *vid.* Sastre Ariza, Santiago: "Hacia una teoría exigente de los derechos sociales", *op. cit.*, pág. 265 y ss.

necesariamente un gasto público. Estos derechos, serán tutelados en tanto se cuente con la institucionalidad, por lo que su protección va de la mano:

PRIMERO: con la creación o la instauración de dicha institucionalización, para lo cual se podrá exigir jurisdiccionalmente al legislador o al Ejecutivo para que instaure la institucionalidad, y una vez que se cuente con ésta institucionalidad,

SEGUNDO: los derechos sociales se tutelan como si fueran derechos incondicionados.

De este modo, el titular de un derecho social, cuenta con las herramientas adecuadas para exigir el cumplimiento y goce de un derecho social. Ya se trate de un derecho incondicionado o condicionado, sea prestacional o no, los derechos sociales son tutelables en el ordenamiento jurídico, gozan de plena eficacia jurídica. Y ello se aclara con lo afirmado en las líneas siguientes.

La institucionalización de las condiciones para la prestación de un derecho social prestacional condicionado, si bien, en un primer plano se ha limitado a vincularla estrechamente a la actuación política del Estado, concretamente a la voluntad del legislativo, ésta ya no sólo decide el *como* y el *cuando*. Dentro del marco del Estado social, existen mecanismos jurisdiccionales que sustituyan a la voluntad o decisión política, y estos mecanismos jurisdiccionales están expresados en la actuación de la jurisdicción constitucional, concretamente en la labor de los Tribunales Constitucionales, en los órganos especializados de la defensa de la Constitución, de la constitucionalidad de las leyes. Si bien, en estos casos puramente no estamos frente a una ley que infrinja la Constitución, porque simplemente no existe ley que regule o configure la institucionalidad requerida, estamos frente a los casos de la inconstitucionalidad por omisión⁶²³, como punto de partida.

⁶²³ Díaz Revorio, Francisco Javier: "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho Comparado Europeo", Revista Española de Derecho Constitucional, año 21, núm. 61, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, págs. 81-130 y Sagüés, María Sofía: "Recepción normativa del control de inconstitucionalidad por omisión en el Código Procesal Constitucional peruano", en AA.VV.: *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, t. II., *op. cit.*, págs. 939-999. Sobre una versión donde no resulta aplicable la inconstitucionalidad por omisión a los derechos sociales *vid.* Fernández Rodríguez, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998. Prólogo de Francisco Fernández Segado; Fernández Rodríguez, José Julio: "Consideraciones en torno a la jurisprudencia constitucional de 1994 sobre la televisión por cable en relación a la inconstitucionalidad por omisión", Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, núm. 48, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996, págs. 229-231.

La inconstitucionalidad está definida por el hecho de la renuencia o desinterés del Estado, de forma especial del gobierno y de sus órganos constitucionales, de implementar las condiciones necesarias para la plena realización de los derechos sociales prestacionales condicionados. Mandato que no solo tiene un origen constitucional, sino un origen Convencional, internacional, origen que se remonta a partir de la suscripción de los compromisos internacionales de adopción de la progresividad en la protección de los derechos humanos, compromisos que distan muchos de ser meras declaraciones de principios, a cumplir en el futuro o cartas blancas de pura discrecionalidad, o meras normas programáticas o de configuración legal.

En puridad, el principio de progresividad, constituye compromisos jurídicamente vinculantes de forma directa, y en el ahora, en el tiempo presente. Dado que, si nos remitimos a la fecha de la suscripción de los compromisos internacionales, en particular de los derechos económicos y sociales, el Estado peruano reconoció con efecto vinculante esta obligación ya en la Constitución de 1979, compromiso hecho por la Asamblea Constituyente de 1978, voluntad que fue manifestada de forma expresa y clara en los Artículos 101, 103 105 y en la Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1979, declaración normativa que ha sido recogida en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993.

El mandato de progresividad, es de resaltar además, y que es de común conocimiento, está vinculado al presupuesto de la nación, como lo declara la Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 y la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Si nos remitimos a la Constitución de 1979 observamos que el mandato de progresividad está estipulado para ser implementado anualmente en la Ley de Presupuesto, es decir la progresividad no es un mandato vacío o de largo plazo que ha de realizar el Estado, y los gobiernos de turno, de forma discrecional; sino, es un mandato que anualmente se ha de tener en cuenta para, progresivamente, es decir anualmente, se vaya implementando las condiciones necesarias, a saber, la institucionalidad necesaria para tornar eficaces los derechos sociales prestacionales condicionados.

Entonces, para nosotros, la progresividad no es una carta en blanco que tiene el Estado, y que discrecionalmente (por no decir demagógicamente) puede utilizar cuando le parezca conveniente, de forma particular los órganos del Estado, y más

específicamente, el gobierno de turno, para financiar o implementar la institucionalidad que respalde el ejercicio de los derechos sociales prestacionales condicionados.

La progresividad está definida en el Presupuesto Anual del Estado que debe de reservar o asignar montos para financiar los contenidos institucionales de los derechos prestacionales condicionados, de no realizarse esta asignación o reserva, corresponde denunciar esta omisión o falta de asignación presupuestal vía Acción de Inconstitucionalidad.

De otro lado, el modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, de forma propia en la actuación del Tribunal Constitucional, puede advertir que el Estado ha regulado la prestación de un contenido de derechos social prestacional, pero y sin embargo esta regulación carece de algunos vicios como la falta de eficacia o la poca cobertura de la prestación, en estos supuestos, el Tribunal Constitucional, por acción de una demanda de inconstitucionalidad, en su sentencia, puede modular la política estatal corrigiendo el camino adoptado por el Estado y sus órganos de gobierno, canalizando constitucionalmente esta política pública estatal dentro de los marcos constitucionales, y en nuestro caso, dentro de los parámetros de eficacia y cobertura global de los derechos prestacionales sociales, decisión que puede adoptar en su sentencia, utilizando lo que en doctrina se ha llamado la «sentencias manipulativas» o la tipología de sentencias⁶²⁴, como son las interpretativas, las aditivas, las sustitutivas, las supresoras y las exhortativas, para dentro de la defensa de la presunción de la constitucionalidad de la ley se encuentre una interpretación conforme a la Constitución que implemente la institucionalidad, la infraestructura o financiamiento, que viabilice la prestación de los contenidos de los derechos sociales condicionados⁶²⁵.

Asimismo, en el marco de la protección de los derechos sociales, se cuentan con mecanismos de la democracia indirecta y directa para institucionalizar los derechos

⁶²⁴ STCPE N° 00030-2005-PI/TC, Lima, más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República, de fecha 2 de febrero de 2006, FJs. 50-59 y 61 y STCPE N° 00004-2004-CC/TC, Lima, Poder Judicial, de fecha 31 de diciembre de 2004, FJs. 2-4, <<http://www.tc.gob.pe>>. Asimismo, sobre la posibilidad de crear derecho vía la función jurisdiccional, *vid.* Rubio Llorente, Francisco: “la jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, núm. 22, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, págs. 9-51.

⁶²⁵ De forma peculiar, resulta relevante para el presente caso las decisiones jurisdiccionales sobre el presupuesto, *vid.* Hernández Valle, Rubén: “La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 14, núm. 41, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, págs. 225-245.

sociales prestacionales condicionados. Uno de ellos, los de la democracia indirecta, es la iniciativa legislativa que tienen los grupos partidarios que están en el gobierno, siguiendo los planteamientos de su partido político o bien recogiendo los intereses de la colectividad, promuevan la aprobación de una ley que institucionalice o implemente programas de prestación de servicios que hagan factible un derecho social prestacional condicionado. De otro lado, se cuenta con la iniciativa legislativa de los ciudadanos para requerir al Parlamento la aprobación de una ley que facilite el ejercicio de un derecho social prestacional o mediante una consulta popular de referéndum que apruebe de forma directa la institucionalidad, la infraestructura o de ser el caso la percepción de determinadas prestaciones.

Estos casos, tienen la finalidad de implementar o configurar las condiciones que faltan para que se hagan eficaces fácticamente (*supra* § 6.6.4.) los derechos sociales reconocidos normativamente. Y a partir de este reconocimiento jurídico, de su existencia jurídica, es que se utilizará el propio aparato estatal para tornar esos derechos sociales prestacionales condicionados en derechos incondicionados. Una vez logrado el objetivo, se procede de la misma forma que como un derecho fundamental, es decir se busca su tutela directa ante los órganos jurisdiccionales por su vulneración o concurrencia de un acto lesivo directo.

Por la eficacia jurídica de los derechos sociales, se inicia el requerimiento al Estado para que, en el caso de los derechos sociales prestacionales condicionados, implemente la institucionalidad adecuada para ejercer ese derecho social, deber de implementación, en caso de requerir gastos e inversiones, debe estar estipulado anualmente en la Ley de Presupuesto. Por esa eficacia jurídica, el Estado, iniciará las acciones pertinentes (leyes, decretos legislativos, políticas públicas, prestación de servicios, emitirá sentencias, etc.) para implementar las instituciones respectivas que concreten las prestación exigida por el derecho social.

En estos casos, se demuestra, que la aseveración de la inexistencia de una eficacia jurídica de los derechos sociales es errónea. Si los derechos sociales, en particular los derechos prestacionales condicionados, no tendrían eficacia jurídica, el Estado no asumiría la obligación de implementar la institucionalidad, las prestaciones o la infraestructura que habilite el ejercicio de estos derechos, y estos requerimientos serían rechazados de plano. Pero como observamos (sentencias Tribunal Constitucional

(*supra* § 8.2-8.5.), Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶²⁶, o las resoluciones ONU⁶²⁷) ello no sucede, ya que la eficacia jurídica viene configurada por la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos donde el Estado está vinculado a implementar progresivamente, en nuestros términos anualmente en la Ley de Presupuesto, las condiciones necesarias para hacer efectivos/eficaces los derechos sociales prestacionales condicionados cuando se requiera un gasto público.

De tal modo, la doctrina ha venido confundiendo la eficacia jurídica con la plena vigencia (goce, ejercicio fáctico) de los derechos sociales. En tanto, se ha sostenido que como no procede estimar judicialmente la pretensión de un derecho social prestacional condicionado (se otorgue un puesto de trabajo, una vivienda, atención médica y medicamentos gratuito, educación gratuita, una pensión, un aumento salarial, etc.) se señala que no tiene eficacia jurídica, en tanto el juez no puede desprender del reconocimiento constitucional, primero *a*) el titular del derecho, segundo *b*) el sujeto obligado, y tercero, *c*) la obligación o prestación a cumplir a favor del demandante. Y entre los argumentos centrales, se alega, no contar con un presupuesto que lo financie; lo cual hace improcedente conceder lo que solicita el peticionante.

⁶²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), FJs. 167 y 178; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), FJs. 54, 61, 62, 75, 90, 91 y 138, <<http://www.corteidh.or.cr>>.

⁶²⁷ U.N. Doc. E/1991/23, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, punto 9. Asimismo, El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que “[c]uando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son ‘adecuadas’ o ‘razonables’, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas[, y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

En estos casos, se ha confundido la eficacia jurídica del derecho social, con el goce o pleno ejercicio del derecho social petitionado. Como se ha indicado, existen dos tipos de derechos sociales en el estadio actual del Estado de derecho (Estado Constitucional), existen los derechos sociales no prestacionales y los derechos sociales prestacionales, estos últimos son prestacionales incondicionados y prestacionales condicionados (*supra* § 6.6.). Esta supuesta falta de eficacia jurídica le correspondería, supuestamente, a los derechos sociales prestacionales condicionados, ya que los derechos sociales incondicionados y los derechos sociales no prestacionales se desenvuelven como cualquier derecho fundamental (*supra* § 6.2.), es decir son tutelables jurisdiccionalmente por el Estado, sea mediante los procesos ordinarios o los procesos constitucionales, y son vinculantes, obligatorios frente al Estado y a los particulares, *a)* estatuyen el beneficiario, *b)* el sujeto obligado y *c)* la obligación de hacer o no hacer a favor del beneficiario.

En cambio, los derechos sociales prestacionales condicionados, como su propio nombre los define, son derechos que están condicionados a la existencia de una institucionalidad en el Estado que avale o garantice el otorgamiento de las pretensiones que garantiza. Pero esta institucionalidad, no está en la propia configuración del derecho, que lo anule como derecho fundamental, que lo califique como derecho ineficaz o como mero programa a cumplir en el futuro. Sino, la institucionalización está referida a la propia organización del Estado, y es en este punto donde hay que incidir sobre los derechos sociales prestacionales condicionados, que su eficacia jurídica implica que se cuente con las condiciones normativas, infraestructura y financiamiento, se requiere la configuración de su institucionalidad⁶²⁸, se requiere de una organización estatal.

9.1.6. MANIFESTACIÓN DE LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES CONDICIONADOS

La eficacia jurídica de los derechos sociales prestacionales condicionados, según el razonamiento que venimos exponiendo, se manifiesta en dos etapas:

⁶²⁸ Un símil se presenta con el estadio que se presentaba en los orígenes del Estado de Derecho, que para proteger la libertad, el sufragio, la propiedad se requería de una institucionalidad previa que la garantice o los haga eficaces, es decir, la existencia de una policía, de jueces, proceso y tribunal electoral, registro de propiedad, etc.

Primero: en que a partir de estos derechos se institucionalice las condiciones para su ejercicio, para que se implemente las condiciones que sustenten y garanticen el derecho social, así por ejemplo que se implemente el programa de prestaciones monetarias frente al desempleo, de asistencia social frente a las contingencias sociales, atención médica y medicina gratuita, programas de vivienda transitorias o de paso, o viviendas de bajo precio, programas de empleo, etc. Y esta institucionalización está, como se dijo, en la actividad del Legislativo, del Ejecutivo, del Poder Judicial o de lo Tribunal Constitucionales (*supra* § 6.6.4.). Y,

Segundo: cuando se haya organizado e institucionalizado el otorgamiento de las prestaciones, se pasa al siguiente aspecto de la eficacia jurídica de los derechos sociales condicionados prestacionales, a su tutela directa a nivel jurisdiccional si se ven afectados, si concurre un acto lesivo, como en el caso de los derechos incondicionados o de los derechos fundamentales.

Tenemos, en el *primer* supuesto, de implementar la institucionalidad, corresponde resaltar, que no es competencia del juez conformar la organización del Estado e implementar instituciones que otorguen prestaciones (crear casas, trabajo, centros educativos, de salud, seguro de desempleo, etc.). En razón de ésta incompetencia se ha sostenido la ineficacia de los derechos sociales. Es pertinente aclarar que existe una notoria confusión, o en todo caso un enfoque erróneo. En este tipo de casos, lo que se solicita es el goce del derecho, que se otorgue la pretensión, pero como la pretensión no tiene una institución que la respalde, un ámbito estatal donde se pueda efectivizar, se deniega la pretensión, no se cumple. El acto denegatorio es el otorgamiento de la prestación, del goce u ejercicio del derecho, más no es la inexistencia del derecho, de su efecto vinculante u obligatorio⁶²⁹.

Por ello, a partir de la existencia del derecho social, se construye la institucionalidad para efectivizar las pretensiones que reconoce este derecho. Asimismo, por la existencia del derecho y de su eficacia jurídica, se recurre a los órganos constitucionales correspondientes para implementar su institucionalidad, y estos

⁶²⁹ Sobre la diferencia entre la titularidad de un derecho social y las garantías judiciales o capacidad de ejercicio de sus titulares, *vid.* Cruz Parceró, Juan Antonio: "Derechos sociales: clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual", en AA.VV.: *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, Octavio Cantón J. y Santiago Corcuera C. (Coordinadores), Editorial Porrúa SA., México, D.F., 2004, págs. 3-14, en especial, págs. 8 y 9.

órganos correspondientes, por supuesto *prima facie*, no son los órganos jurisdiccionales, sino el Ejecutivo o el Legislativo.

Pero, ante la omisión o incumplimiento de estas obligaciones, ya sea mediante acción judicial directa o mediante el uso de mecanismos alternos (*supra* § 5.2.) se expresa la eficacia jurídica de los derechos sociales prestacionales condicionados: se requiere a estos órganos del Estado –Parlamento y Ejecutivo– que implementen las condiciones de su ejercicio, de su goce, que los hagan plenamente vigentes, les doten de una eficacia fáctica. Y en nuestro caso, la implementación de su institucionalidad que irroguen un gasto o inversiones públicas, deben ser progresivamente implementados en la Ley de Presupuesto de forma anual, y sobre estos mandatos incumplidos, los órganos jurisdiccionales, asumen competencia para exigir a los entes estatales que cumplan con el mandato constitucional de institucionalizar⁶³⁰.

9.1.7. EFICACIA JURÍDICA E INSTITUCIONALIDAD

El problema central, entonces, que se presenta ante la eficacia jurídica de los derechos sociales, y de forma general, ante derechos que exigen prestaciones, sean económicas o de otra índole (pe. medicamentos, desayunos/almuerzo escolares, útiles escolares, etc.) en el ámbito del Derecho, tiene que tener una respuesta o una solución coherente dentro de la misma disciplina. De tal forma, si bien se ha especificado que la principal valla al ejercicio de los derechos sociales es la viabilidad o factibilidad económica. En principio, la solución al condicionamiento económico, sin más, va por la redistribución del gasto o tesoro público.

Pero una solución más radical es la que propone la adopción de un modelo económico que redistribuya en término distintos el tesoro público, solución que nos lleva necesariamente a campos que superan o traspasan el ámbito jurídico, y atañen más bien a un ámbito económico o político, pero no jurídico. De lo que se trata, en dichos supuestos, es adoptar medidas que sobrepasan lo jurídico, estas medidas no son objeto de este trabajo, en tanto se parte desde un presupuesto o principio jurídico básico, el reconocimiento de la suptemacía constitucional y la adecuación de los actos estatales,

⁶³⁰ En relación al accionar de los Tribunales constitucionales, *vid.* Sastre Ariza, Santiago: “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *op. cit.*, pág. 268-269 y Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en AA.VV.: *Derechos sociales. Instrucciones de uso, op. cit.*, págs. 65-66.

sean acciones u omisiones, a la norma constitucional, y de forma peculiar, a las disposiciones que regulan los derechos sociales como derechos constitucionales.

El problema de la eficacia jurídica de los derechos sociales y su vinculación al condicionamiento económico, en el presente trabajo, se resuelve dentro del ámbito netamente jurídico, esto mediante la institucionalización de los servicios prestacionales sociales que garanticen los derechos sociales, en función del presupuesto de la nación existente. Esto está estipulado a nivel constitucional (Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993).

La eficacia jurídica de los derechos sociales tiene una medida adecuada de respuesta frente a la factibilidad económica en la institucionalización de las funciones o prestaciones sociales del Estado. Lo que abarca no solo el reconocimiento constitucional y legal de un derecho social y de las prestaciones sociales del Estado, sino, principalmente pasa por retirar del gobierno esa potestad discrecional, demagógica, de llevar adelante dichos servicios o prestaciones sociales.

Un primer aspecto a tener en cuenta es otorgar una autonomía jurídica, funcional, presupuestaria, normativa, es decir, no supeditada a la voluntad de los gobiernos de turno para otorgar las prestaciones sociales de educación, salud, trabajo, seguridad social, pensiones, vivienda, etc. En tanto su organización, competencia y funcionarios, como expresiones de mandatos constitucionales, tienen un marco normativo en una ley orgánica o norma de similar fuerza y rango normativo, independiente y al margen del poder político de turno. Pero en la práctica, lamentablemente se las ha hecho depender de los vaivenes electorales.

Con estas medidas, en principio, se logra retirar al gobernante la discrecionalidad para implementar según la conveniencia demagógica el servicio social, así como el nombramiento de los funcionarios y trabajadores de dicha institución. Y por otro lado, los ciudadanos tendrán identificados a los sujetos obligados, como las prestaciones a recibir, garantizadas por su institucionalidad. De tal manera, las prestaciones sociales, como los sujetos obligados no serán materias determinables, sino determinadas (concretizadas o específicas).

De otro lado, la protección jurisdiccional de las prestaciones sociales encuentran una mayor de certeza, ya sea en lo que se solicita, a quien se solicita, como se ejecuta, y quien se obliga a ejecutar.

Entonces, la eficacia jurídica de los derechos sociales, y de forma especial los derechos de contenido prestacional condicionado, hace indispensable la institucionalización de las prestaciones de los servicios sociales del Estado, si bien el elemento económico aún va a hacer un límite a resolver, el problema de la factibilidad económica se va a convertir en un menor problema, en la medida que la redistribución del presupuesto del Estado no está únicamente en las manos del Congreso o del Ejecutivo, sino que gozando de una autonomía reconocida por la Constitución, como lo son por ejemplo las instituciones de relevancia constitucional (Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Banco Central de Reserva, Consejo Nacional de la Magistratura), su institucionalidad está libre de los intereses político partidarios, o peor aún, de la demagogia o del populismo del gobierno de turno, exento de ser manejado discrecionalmente.

Con lo cual, la discrecionalidad en la ejecución de las prestaciones sociales del Estado será extinguida, para ser tornadas como funciones, deberes del Estado, como actos reglados, correspondiendo y asumiendo un valor, desde la perspectiva de las personas, como derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

1. El individualismo se ha preocupado por asegurar la esfera particular del ser humano independiente y al margen de la colectividad. Al grupo social y político se lo limita y se lo ha instrumentalizado para garantizar y proteger los intereses individuales, haciendo dependiente la esfera pública de las apetencias individuales. De tal modo, los actos colectivos, público, sociales, jurídicos, económicos serán aceptados en la medida que afirmen o respeten la esfera privatista particular.
2. La persona se manifiesta no solo como un ser único e individual, sino se expresa en un contexto político jurídico, de tal modo que los individuos que existen en ese grupo colectivo, en un Estado, se reconocen como iguales, y la colectividad no hace otra cosa que afirmar su personalidad.
3. El Estado social como organización política-jurídica tiene bases diferentes al originario Estado de Derecho. Si bien reconoce y adopta instituciones del Estado liberal, como son el reconocimiento de los derechos inalienables, la limitación del poder mediante la distribución de competencias, además de adoptar del Estado democrático, el principio de igualdad y el de soberanía popular como elementos centrales; su función varía frente al Estado de derecho liberal, varía en el sentido de adoptar, ahora, funciones prestacionales y de participación permanente en la economía y en la sociedad, en la realización de nuevas funciones, como son los servicios públicos, y principalmente asegurar unos derechos sociales a sus ciudadanos, dentro de un principio de igualdad material y de la democracia participativa.
4. Los contenidos del Estado social se manifiestan en la participación del Estado en materia económica social, en la prestación de servicios públicos y en la garantía de los derechos sociales, son mandatos de obligatorio cumplimiento y sujetos a control jurisdiccional, y estos mandatos se hacen a partir de dos principios constitucionales básicos, el principio de supremacía constitucional y el carácter obligatorio de los constitucionales sociales
5. Los derechos sociales en el constitucionalismo peruano aparecen por vez primera de forma sistemática en la Constitución de 1920. Si bien en las constituciones del siglo XIX existen derechos que pertenecen a los denominados

derechos sociales, como el derecho a la educación, el principio de distribución de la riqueza proporcionalmente, no es menos cierto también que no existió no sólo un reconocimiento de estos derechos en las cartas fundamentales, sino que su vigencia o por no decir su existencia, era casi desconocida en la sociedad peruana. Esto se comprueba en las distintas situaciones en las que se encontraban por ejemplo los indios, los negros, los plebeyos, que vivían en latifundios, en servidumbres o en condiciones sumamente precarias.

6. En el constitucionalismo peruano del siglo XIX, en general no existían programas de seguridad que protejan a los trabajadores de los distintos riesgos laborales o de las distintas contingencias sociales a las que se encontraban expuestos.
7. Es de notar que en las cartas del siglo XIX se preocuparan más por la estructuración del Estado y por las libertades fundamentales como la libertad, propiedad, la vida, la seguridad, dejando a un lado el elemento social.
8. Si bien en el siglo XX las constituciones reconocen, todas ellas, los derechos sociales, el problema se va evidenciar en su eficacia y en su exigibilidad, a tal punto que a luz de lo que sucedía en otros continentes, se va considerar a los derechos sociales como derechos programáticos que no establecen reglas, siendo mas bien normas que necesitan optimizarse a través de la actuación del legislador. Si bien el problema de los derechos en general no pasa tanto por su reconocimiento sino más bien por su eficacia, es de tomar en cuenta además la forma como está estructurado y organizado el Estado para determinar la forma como se va distribuir e invertir la riqueza.
9. En la Constitución de 1993, siguiendo la técnica del constituyente de 1979, se reconocen como derechos constitucionales a los derechos sociales, pero se va a presentar el problema del financiamiento o de la factibilidad económica para tornarlos eficaces o para otorgarles tutela jurisdiccional directa.
10. El Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 3 de junio de 2004, recaída en el STCPE N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC, 0009-2005-PI/TC, acumulados, estableció, a partir de la teoría absoluta de los derechos fundamentales, que el derecho fundamental a pensión está conformado por tres contenidos; *primero*, por un contenido esencial: a)

derecho a acceder a una pensión, b) a no ser privado arbitrariamente de ella y c) a percibir una pensión mínima vital; *segundo*, por un contenido no esencial: a) reajuste de la pensión y b) los topes pensionarios; y *tercero*, por un contenido adicional que protege: a) derecho a percibir pensión de viudez, b) de orfandad y c) de ascendientes.

11. Sólo los derechos que pertenecen al contenido esencial del derecho fundamental a pensión pueden ser tutelados por el Proceso Constitucional de Amparo. Los derechos que pertenecen al contenido no esencial y adicional del derecho a pensión serán protegidos por el Proceso Contencioso Administrativo.
12. Las demandas de Amparo que tengan como pretensión la protección o tutela de los derechos que pertenecen al contenido no esencial o adicional del derecho a pensión deben ser declaradas improcedentes y ser devueltas al juzgado de origen para que éstos los remitan a los jueces especializados en lo contencioso administrativo.
13. El Tribunal Constitucional en la STCPE N° 1417-2005-AA/TC establece la competencia de los jueces y la vía jurisdiccional para proteger el derecho fundamental a pensión a partir del Precedente Constitucional Vinculante regulado en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
14. El fundamento de voto del magistrado Gonzales Ojeda emitido en la STC 2851-2006-PA/TC significa un gran avance en la tutela y protección integral del derecho a pensión, se evidencia un progreso, que se espera sea recogido por otros magistrados del Tribunal para proteger eficazmente el derecho a pensión.
15. La tesis de la configuración legal del derecho a pensión y de considerarlo como un derecho de tutela diferida ha contribuido a mermar su vigencia efectiva y a privarle a los pensionistas de medios adecuados para su defensa, así como a percibir una pensión suficiente que les proteja de las contingencias.
16. La seguridad social tiene dos aspectos, uno se manifiesta como una institución que crea entes encargados de proteger a la persona humana de las contingencias sociales y se propone elevar la calidad de vida de los mismos.
17. La seguridad social, sus contenidos o prestaciones, así como el derecho a la salud y los derechos sociales en general pueden ser tutelados a través de medidas

positivas y negativas, por las primeras se requiere de la intervención del Estado de las entidades obligadas y por las segundas se exige que el Estado o los terceros se inhiban de adoptar alguna medida que pueda significar alguna restricción o limitación del derecho.

- 18.** El derecho al trabajo en su manifestación como derecho incondicionado garantiza que la potestad del empleador para extinguir el vínculo laboral debe de estar basado necesariamente en causas objetivas referidas a la conducta y capacidad del trabajador, de lo contrario operará un despido nulo, incausado o fraudulento, y el trabajador podrá eficazmente por medio del Proceso de Amparo proteger su derecho constitucional.
- 19.** La protección del derecho al trabajo, incluso también por el Proceso de Amparo, en su dimensión como derecho incondicionado también opera en los casos de fraude a las disposiciones laborales, cuando se contrate por ejemplo por medio de contratos laborales modales actividades permanentes o principales de la empresa o institución.
- 20.** La extinción del vínculo laboral en base a razones objetivas implica necesariamente la concurrencia de causas objetivas, ajenas a la voluntad del empleador, en caso contrario, se lesiona el derecho al trabajo y procede interponer los mecanismos judiciales para proteger este derecho.
- 21.** En la sentencia recaída en el expediente N° 09600-2005-PA/TC el Tribunal Constitucional peruano declara fundada la demanda por la afectación de la seguridad social en salud, prestación de atención médica, y por el derecho a la salud propiamente dicho, en ambos casos por restringir a la demandante a acceder a las prestaciones de salud que otorga la seguridad social, en particular la EPS contratada por la demandada, y por no permitirle que siga con su tratamiento y con la intervención quirúrgica programada.
- 22.** En la actualidad, sin obedecer tanto a la filosofía del liberalismo clásico, sino a una posición garantista, no se puede concebir Estado que se digne de ser democrático y de Derecho que no establezca las garantías adecuadas para la protección y eficacia de los derechos fundamentales sociales.
- 23.** Los derechos fundamentales son expresiones de la dignidad de la persona humana, y como tal, aseguran para la persona el libre desarrollo de su

personalidad y la consecución de su proyecto de vida libre de cualquier tipo de dominación.

- 24.** Los derechos sociales establecen garantías de igual y de bienestar material. El derecho a la Renta Básica como tal, garantiza a cada ciudadano por su sola condición de existir la percepción de un ingreso económico equivalente al umbral de la pobreza.
- 25.** El derecho a la Renta Básica es individual, incondicional y universal, no esta sujeto a criterios de edad, sexo, riqueza o pobreza, si es contribuyente o no, etc. Se otorga por la sola condición de ser ciudadano de un Estado. Permite distribuir equitativamente la riqueza entre todos los ciudadanos y garantiza a la persona la adquisición de los bienes y servicios indispensables para su vida, elimina la pobreza y la dominación del trabajo asalariado.
- 26.** Es viable otorgar las prestaciones de un derecho social incondicionado a personas que no cuentan con los requisitos legales exigidos pero que padecen el mismo estado de necesidad grave o la concurrencia de la contingencia material. A ello hemos denominado sustitución de otorgamiento de prestaciones.
- 27.** Los derechos sociales tienen plena eficacia jurídica. Ya se trate de los derechos sociales no prestacionales (derechos incondicionados) o de los derechos sociales prestacionales condicionados. En el primero de ellos, los órganos jurisdiccionales asumen plena competencia, son tutelables de forma inmediata ante su vulneración, cuentan con un sujeto titular, un sujeto obligado y una obligación determinada.
- 28.** En el caso de los derechos sociales prestacionales condicionados, que están sujetos al cumplimiento de una organización normativa, presupuestal o de una infraestructura, la eficacia jurídica se manifiesta como el requerimiento a los órganos estatales para que constituyan, creen o implementen la organización requerida, donde los ciudadanos pueden requerir a los órganos jurisdiccionales para que velen y supervisen el cumplimiento de estas responsabilidades y exijan el cumplimiento de estos mandatos constitucionales.
- 29.** Los mecanismos procesales de tutela de los derechos sociales implican que los derechos sociales no solo son protegidos en su dimensión subjetiva, sino, principalmente en su dimensión objetiva, entendida como el establecimiento de

una institucionalidad que respalde su ejercicio. Lo cual implica que los órganos jurisdiccionales tengan potestades de requerir a los poderes del Estado a que cumplan con expedir la normatividad, implementen la administración, la infraestructura o habiliten las partidas presupuestarias que sustenten la eficacia de los derechos sociales, y de forma particular, los derechos sociales prestacionales condicionados, iniciándose las reservas presupuestarias en el plazo de un año.

- 30.** El Tribunal constitucional, tiene plena competencia para controlar los actos de los órganos e instituciones constitucionales que tienen las funciones de desarrollar las políticas económicas sociales, la prestación de servicios públicos; y esta función es dada al Tribunal Constitucional por el principio de supremacía constitucional y la posición de los derechos sociales como límites al poder estatal e informadores del orden jurídico y organización estatal.
- 31.** El mecanismo por el cual el Tribunal Constitucional ejercerá control sobre los otros entes estatales será el Proceso de Inconstitucionalidad por Omisión, así como el Proceso de Amparo por omisión o el Proceso de Cumplimiento, cuando no se cumplan los mandatos constitucionales expresos de realizar una atribución referida a un derecho social y que vulnere de forma directa dicho derecho social, sin dejar a un lado el Proceso de Hábeas Data cuando se requiera información sobre el gasto del presupuesto del Estado destinado para la prestación de servicios sociales.

RECOMENDACIONES

1. En la realización de los derechos sociales, en particular de las personas que padecen de una incapacidad fisiológica (invalidez total) o jurídica (menores de edad), el Estado debería de adoptar una legislación que respete dicha discapacidad y exonerarlos del pago o costo de los servicios sociales básicos, como por ejemplo en el caso de incapacidad jurídica de ejercicio de menores de edad, exonerarlos del pago de atenciones médicas en los centros estatales de salud, así como de la educación y acceso a la cultura, en caso de recibir las atenciones en instituciones privadas, deducir dichos gastos del impuestos que pagan semestral o anualmente los padres, o con cargo al seguro social de los tutores. Y lo mismo para las personas que padecen de alguna invalidez fisiológica o psíquica, exonerarlos del pago de sus atenciones, o en todo caso, deducir de los impuestos que pagan las personas que las tienen a su cuidado.
2. De igual forma, proceder con las personas que no tienen un trabajo o ingreso mensual, constante en el monto y permanente en el tiempo, exonerarlos del pago de los servicios básicos de educación de sus hijos, salud, etc., en caso no estar asegurados. El financiamiento, vendría de una partida especial aprobada por el Parlamento.
3. Sobre el proceso destinado a tutelar derechos incondicionados donde no se cuenta con la titularidad del derecho y se requiere una etapa de actuación de medios probatorios, se propone tramitar estos petitorios ante los juzgados contenciosos administrativos o laborales, según el caso, régimen laboral público o privado, respectivamente, donde se tramite dichas demandas de conformidad al proceso especial regulado en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, con la única inclusión de una etapa procesal de actuación de medios probatorios. Una vez realizada la etapa probatoria, se emita sentencia, la misma será pasible de recurso de Apelación. En segunda instancia la Sala Superior correspondiente resolverá el Recurso de Apelación. Pero, en lo que respecta a los derechos sociales, proponemos que el Recurso de Casación sea interpuesta únicamente por el demandante o afectado. Si bien la configuración procesal a la cual hacemos mención, en la actualidad, no existe en nuestro ordenamiento jurídico (el hecho de solo permitir al demandante interponer

Recurso de Casación), la misma se plantea como una propuesta de la presente tesis, a fin de garantizar de forma especial los derechos sociales.

4. Es imprescindible de que la prestación de los servicios públicos como educación, salud, vivienda, seguridad social, tengan una protección especial a partir de la Constitución, esto significa de que gocen de una autonomía normativa, administrativa, financiera y organizativa, de tal modo que no estén sujetas al poder político de turno o gobiernos elegidos. De lo que se trata es hacer de estos servicios funciones estatales, que sean realizadas por instituciones autónomas y por funcionarios independientes del poder político.
5. Reservar de forma anual y periódica en el presupuesto del Estado las partidas financieras destinadas a financiar los derechos sociales prestacionales, condicionados como el aumento de salarios y pensiones, creación de puestos públicos que realicen servicios sociales, seguro de desempleo, viviendas, centros educativos y hospitales, ampliación cobertura de la seguridad social en atenciones médicas, etc.
6. Los mandatos y exhortaciones que realicen los órganos jurisdiccionales para institucionalizar los derechos sociales se han de cumplir en el plazo dispuesto en la sentencia, bajo apercibimiento no solo de imponer las sanciones estipuladas en los códigos procesales respectivos, sino principalmente disponer las responsabilidades, legales funcionales y sustituir la omisión y emitir el mandato incumplido.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

- AA.VV.: *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores), UNAM, México, D.F, 2011.
- AA.VV.: *Derechos humanos y constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, José F. Palomino Manchego-José Carlos Remotti Carbonell (Coordinadores), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), Lima, 2002.
- AA.VV.: *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, V. Abramovich, M.J. Añón y Ch. Courtis, (Compiladores), Distribuciones Fontana, S.A., México, D.F., 2006.
- AA.VV.: *Economía social de mercado. Alternativas para el desarrollo peruano*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Fundación Komnrad Adenauer, Lima, 1991.
- AA.VV.: *El control del poder. Libro Homenaje a Diego Valadés*, Peter Häberle y Domingo García Belaunde (coordinadores), 2 tomos, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2012. Liminar de Luis Cervantes Liñán y Edición al cuidado y Nota Preliminar de José F. Palomino Manchego.
- AA.VV.: *El Derecho Procesal Constitucional. Estudio en homenaje a Domingo García Belaunde*, José F. Palomino Manchego (coordinador), 2 tomos, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005.
- AA.VV.: *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Cianciardo, Juan (Coordinador), editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- AA.VV.: *La salud peruana en el siglo XXI. Retos y propuestas de política*, Juan Arroyo editor, Consorcio de Investigación Económica y Social, DFID-Ministerio Británico para el Desarrollo Internacional, Proyecto POLICY, Lima, 2002.
- AA.VV.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Edición de), 3ª. edición, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2007.
- Abad Yupanqui, Samuel B.: “El amparo contra leyes”, Comisión Andina de Juristas: *Lecturas constitucionales andinas*, núm. 3, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.
- Abad Yupanqui, Samuel B.: “La acción de amparo contra resoluciones judiciales”, Comisión Andina de Juristas, *Lecturas sobre temas constitucionales*, núm. 3, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.
- Abellán, Ángel-Manuel: “La problemática del Estado de bienestar como fenómeno internacional”, en García Herrera, Miguel Ángel (dir.): *El*

- constitucionalismo social en la crisis del Estado social*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997.
- Abramovich, Víctor y Courtis Christian: “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1ª. reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional*, 1ª. edición, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- Aco Cataldo, P. Raúl: *Metodología de la Investigación Científica. Sinopsis de elementos básicos y modelos de investigación concreta*, Editorial Universo, S.A., Lima, 1980.
- Alarco, Eugenio: *El hombre peruano en su historia. Los antepasados hispánicos*, Editorial Ausonia Talleres Gráficos S.A., Lima, 1976.
- Alexy, Robert: “Derechos sociales fundamentales”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Serie Doctrina Jurídica, núm. 28, 1ª. edición, México, D.F., UNAM, 2000.
- Alexy, Robert: *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático*, Derecho y Libertad: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 8, enero-junio, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.
- Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2ª. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- Alfred: *Historia de la cultura*, Fondo de Cultura Económica, 3ª. edición, México, D.F., 1994.
- Álvarez Vita, Juan: *El derecho a la salud como derecho humano*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1994.
- Alzamora Silva, Lizardo: *Programa razonado de derecho constitucional del Perú*, Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima, 1944.
- Alzamora Valdez, Mario: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 10ª. edición, Editorial y Distribución de Libros S.A., Lima, 1987.
- Angel Latorre y Luis Diez-Picazo: “La justicia constitucional en el cuadro de funciones del Estado”, en *Documentacao e Direito Comparado*, Boletín do Ministério da Justica, Lisboa 1987.
- Añón, M. J y Ruiz Sanz, M.: “Creación del Derecho y necesidades sociales”, AA.VV.: *Derecho y Sociedad*, Mª José Añón, Roberto Bergalli, Manuel Calvo y Pompeu Casanovas (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Añón, M. J.: *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- Aragón, Manuel: “El sistema español de justicia constitucional. Comentario introductorio al Título IX”, en Oscar Alzaga Villaamil (Director), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, T. XII, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1988.

- Aragón, Manuel: *Constitución, Democracia y Control*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002.
- Arangüenia Fanego, Coral: “Introducción al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH, en particular, el derecho de acceso a un tribunal (Artículo 6)”, en AA.VV.: *La Europa de los derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Javier García Roca y Pablo Santolaya (coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Arendt, Hannah: *¿Qué es la política?*, traducción de Mario Eskenazi, Ediciones Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, D.F., 1997.
- Arendt, Hannah: *La Condición Humana*, traducción de Ramón Gil Novales, 1ª. edición en Ediciones Paidós, Ediciones Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, D.F., 1993.
- Arista M., L. Gildomero: *Metodología de la investigación*, Editorial Imprenta Albatros, Lima, 1980.
- Ayala Corao, Carlos M.: “El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos)”, en AA.VV.: *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Maricela Martínez Durán, Serie G: Estudios Doctrinales, N° 193, 1ª. edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1998.
- Balaguer Callejón, María Luisa: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1997.
- Baldassarre, Antonio: *Los derechos sociales*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 20, reimpresión, Colombia, Universidad Externado de Colombia, junio, 2004. Traducción de Santiago Perea Latorre.
- Bay, Christian: *La estructura de la libertad*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1961, 493 págs.
- Bazán, Víctor: “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, en AA.VV.: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, año 11, Honrad -Adenauer- Stiftung. Programa de Estado de Derecho para Sudamérica, República Federal de Alemania, 2005.
- Belaunde, Víctor Andres: *La realidad nacional*, editorial “LE LIVRE LIBRE”, París, MCMXXXI.
- Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- Bodenheimer, Edgar: *Teoría del Derecho*, traducción de Vicente Herrero, 12ª. reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1990.
- Bonilla, Heraclio, “El Perú entre la Independencia y la guerra con Chile” en AA.VV.: *Historia del Perú*, tomo VI, Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1981.
- Borja, Rodrigo: *Derecho político y constitucional*, 1ª. reimpresión, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., México, D.F., 1992.
- Boven, Theodoor: “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en AA.VV.: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, (Karel Vasak, Editor

- general), traducción de Hernán Sabaté y María José Rodellar, vol. III, Ediciones del Serbal, S.A.-UNESCO, Barcelona, 1984.
- Burga, Manuel y Flores-Galindo, Alberto: “Feudalismo andino y movimientos sociales (1866-1965)”, en *Historia del Perú*, T. XI, editorial Juan Mejía Baca, Lima, Perú, 1981.
- Caamaño, Francisco: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Calleja, Hernando: *Diccionario Económico-social*, DUX, Ediciones y Publicaciones, S.A., Barcelona, s.f.
- Cancado Trindade, Antonio: *El derecho internacional de los derechos humanos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.
- Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores): *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Serie Doctrina Jurídica, núm. 28, 1ª. edición, México, D.F., UNAM, 2000.
- Carpio Marcos, Edgar y Sáenz Dávalos, Luis R.: *El amparo contra el amparo (dos versiones sobre un mismo tema)*, Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L., Lima, 2004.
- Carrel, Alexis: *La incógnita del hombre*, Prólogo del Dr. Gustavo Pittaluga, traducción directa del inglés, contejada luego con la versión francesa del mismo autor, por María Ruiz Ferry, Joaquín Gil Editor, Buenos Aires, 1946.
- Carrillo, Francisco: *Como hacer la tesis y el trabajo de investigación universitario*, 9ª. edición, Editorial Horizonte, Lima, 1988, 349 págs.
- Cascajo Castro, José Luis: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- Cianciardo, Juan: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, España, 2000.
- Cruz Parceró, Juan Antonio: “Derechos sociales: clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual”, en VV.AA.: *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, Octavio Cantón J. y Santiago Corcuera C. (Coordinadores), Editorial Porrúa SA., México, D.F., 2004.
- Cuvillier, Armand: *Manual de Sociología*. Traducción de la 6ª. edición francesa por Alicia Isabel Revello, tomo II, 4ª. edición, Editorial “El Ateneo”, Buenos Aires, 1970.
- Danós Ordoñez, Jorge: “Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional”, en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, Lecturas sobre temas constitucionales*, núm. 10, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.
- De Vega, Pedro: “la eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der grundrechte)” en Carbonell, Miguel (coordinador), *Derechos fundamentales y el estado. Memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional*, serie Doctrina Jurídica, núm. 96, 1ª. edición, UNAM, México, D.F., 2002.
- De Vergottini, Giuseppe: *Derecho Constitucional Comparado*, editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Defensoría del Pueblo: *Camino al aseguramiento universal en salud (AUS). Resultados de la supervisión nacional a hospitales*. Serie Informes Defensoriales- Informe Defensorial N° 161, Lima, 2013.
- Díez Moreno, Fernando: *El Estado social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

- Dorantes Tamayo, Luis: *¿Qué es el Derecho? Introducción filosófica a su estudio*, 2ª edición, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México D.F., 1977.
- Duprat, G. L.: *Solidaridad social. Sus causas, su evolución, sus consecuencias*, traducción de F. Peyró Carro, Daniel Jorro, Editor, Madrid, 1913.
- Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- Eco, Humberto: *Como se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*, versión castellana de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez, 3ª reimpresión, Gedisa, S.A., México, D.F., 1986.
- Escobar Roca, Guillermo (Director): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzandi, S.A., Navarra, 2012.
- Espinoza Soriano, Waldemar: “La sociedad andina colonial”, en AA.VV.: *Historia del Perú*, tomo IV, editorial Juan Mejía Baca, Lima, Perú, 1981.
- Eto Cruz, Gerardo: *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, 4ª edición, Editorial Adrus, Arequipa, 2011.
- Eto Cruz, Gerardo: *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*, 2 tomos, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- Fassó, Guido: *Historia de la filosofía del Derecho. Siglos XIX y XX*, vol. 3, traducción y apéndice final de José F. Lorca Navarrete, 3ª edición, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1983.
- Fayt, Carlos S.: *El Estado liberal moderno*, Editorial Plus Ultra, vol. VII, Buenos Aires, 1973.
- Fernández Rodríguez, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998. Prólogo de Francisco Fernández Segado.
- Fernández Segado, Francisco: *La Jurisdicción Constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón*, Trotta, S.A, Madrid, 1995.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2004.
- Ferrajoli, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 3ª edición, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2007.
- Frantsov, G.P.: *El pensamiento social. Su trayectoria histórica*, traducción directa del ruso por Lydia Kuper de Velasco, Ediciones Pueblos Unidos, S.A., Montevideo, 1966.
- García Belaunde, Domingo: “Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993”, en AA.VV.: *La Constitución de 1993: Análisis y comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lecturas sobre temas constitucionales, núm. 10, Lima, 1994.
- García Belaunde, Domingo: “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en AA.VV.: *Proceso y Constitución*, Osvaldo A. Gozáni (coordinador), Ediar, Buenos Aires, 2009.
- García Belaunde, Domingo: *Las constituciones del Perú*, 2 tomos, Publicaciones del Rectorado-Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2006.
- García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

- García Herrera, Miguel Ángel: *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007.
- García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, 4ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1951.
- Gavagnin Taffarel, Osvaldo: *Estilos de desarrollo y realidad nacional (siglos XIX y XX). Ensayos sociológicos*, Arius S.A., edición auspiciada por CONCYTEC, Lima, 1989.
- Gettell, Raymond G.: *Historia de las ideas políticas*, traducción del inglés y Prólogo de Teodoro González García, vol. II, 2ª. edición, Editora Nacional Edinal, S. de R.L., México, D.F., 1959.
- Gherzi, Carlos A.: *Derechos fundamentales de la persona humana*, La Ley S.A., Buenos Aires, 2004.
- Giarini, Orio y Liedtke, Patrick M.: *El dilema del empelo. El futuro del trabajo*. Informe al Club de Roma, Fundación Bilbao Bizkaia Kutxa, Bilabo, 1996.
- González Moreno, Beatriz: *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Universidad de Vigo-Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2002.
- Gozaíni, Osvaldo A.: *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, Serie G: Estudios Doctrinales N° 177, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1995.
- Greppi, Andrea: *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2006.
- Grimm, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2006.
- Griziotti Kretschmann, Jenny: *Historia de las doctrinas económicas modernas*, traducción al español por Carlos Gerhard, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, D.F., 1961.
- Grosman, Lucas Sebastián: *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Librería, Buenos Aires, 2008.
- Guastini, Riccardo: *Estudios de teoría constitucional*, 1ª. edición, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, D.F., 2001.
- Häberle, Peter: *El Estado constitucional*, Serie Doctrina Jurídica, núm. 47, 1ª. reimposición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2003. Traducción e índices Héctor Fix-Fierro.
- Häberle, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, traducción del italiano por Carlos Ramos (revisión Antonio Luya C.), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.
- Hanke, Lewis y Giménez Fernández, Manuel: *Bartolomé de las Casas (1474-1566)*, Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, Santiago de Chile, 1954.
- Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961.
- Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar: *Metodología de la Investigación*, 3ª. edición, McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A., de C.V., México, D.F., 1991.
- Hervada, Javier: *Introducción crítica al derecho natural*, 1ª. edición peruana, Universidad de Piura, Piura, 1999.

- Hesse, Konrad: *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Ireneo Gonzáles Moral, S.J.: *Metodología del trabajo científico*, 3ª. edición, Editorial «Sal Terrae», Santander, 1965.
- Jean Touchard, *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, S.A., Madrid, 1983.
- Keithley, Erwin M. y Schreiner, PhilipJ.: *Manual para la elaboración de tesis, Monografías e Informes*, South-Wester Publishing Co., Ohio, 1980, 107 págs.
- Kelsen, Hans: *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Presentación de Domingo García Belaunde, Nota liminar de Emilio O. Rabasa y Bio-bibliografía de Hans Kelsen por José F. Palomino Manchego, 3ª. edición revisada y corregida, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002.
- Kelsen, Hans: *La garantía Jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2001.
- Kelsen, Hans: *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, D.F., 1994.
- Kresalja, Baldo / Ochoa, César: *Derecho constitucional económico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional democrático*, traducción por Eugenio Bulygin, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.
- Landa Arroyo, César: *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2010.
- Lecaros, V. Jorge: *Historia del Perú y del mundo. S XX*, 4ª. edición, Ediciones Rikchay Perú, Lima, 1977.
- Leclercq, Jacques: *Introducción a las Ciencias Sociales*, Ediciones Guadarrama, S.L., Madrid, 1961.
- Lee, Stephen J.: *The european dictatorships 1918-1945*, reimpresión, Routledge, London, 1996.
- Lessnoff, Michael H.: *La filosofía política del siglo XX*, traducción de Germán Cano, Ediciones Akal, S.A., Madrid, 2001.
- Linton, Ralph: *Estudio del hombre*, versión española de Daniel F. Rubín de la Borbolla, 7ª. edición, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1963.
- Llovera, José M.: *Tratado de sociología*, Editora Nacional, Edinal, S. de R. L., México, D.F., 1963.
- Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*, traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, reimpresión de la 2ª. edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1982.
- López Aranguren, José Luis: *Ética y política*, 2ª. edición, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
- López Basanta, Justo: “El salario”, en Néstor de Buena Lozano y Emilio Morgado de Valenzuela (Coordinadores): *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y UNAM, México, D.F., 1997.
- MacCormick, Neil: *Instituciones del derecho*, traducción de Fernando Atria y Samuel Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Mann, Thomas: *El triunfo final de la Democracia*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1938.

- Mariátegui, José Carlos: *7 Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana (el problema del indio, el problema de la tierra)*, Empresa Editora Amauta S.A., Lima, Perú.
- Maritain, Jacques: *Tres reformadores. Lutero-Descartes-Rousseau*, traducción de Ángel Álvarez de Miranda, Ediciones Encuentro, S.A., Madrid, 2006.
- Martín-Retortillo, Lorenzo: *La Europa de los derechos humanos*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Meyers, Diana T.: *Los derechos inalienables*, versión española de E. Beltrán Pereira, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1988.
- Mill, John Stuart: *Sobre la libertad*, Sarpe, Madrid, 1984.
- Montenegro, Walter: *Introducción a las doctrinas político-económicas*, 3ª. edición, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México, D.F. - Buenos Aires, 1964.
- Mora-Donato, Cecilia: *El valor de la Constitución normativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002.
- Morales Carbo, Carlos Rosas: *Historia de las doctrinas económicas europeas contemporáneas*, Imp. «Americana» Plazuela del Teatro, Lima, 1937.
- Morales Morante, Carlos G.: “Los procesos de privatización y la aplicación de los principios del derecho del trabajo”, en *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, comité editor Carlos Blancas Bustamante, Guillermo Boza Pró y Fernando García Granara, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- Moreso, José Juan: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997.
- Moulin, Club Jean: *El Estado y el ciudadano*, traducción del francés por Luis Hernández Alfonso, Aguilar, S.A., de Ediciones, Madrid, 1967.
- Münch, Lourdes y Ángeles, Ernesto: *Métodos y técnicas de investigación*, 7ª. reimpresión, Editorial Trillas, S.A. de C.V., México, D.F., 1998.
- Muñoz, Luis: *La constitución política del Perú comentada*, Ediciones Juris, Lima, 1956.
- Neves Mujica, Javier: “Modificaciones constitucionales en materia de derechos sociales, trabajo y empleo”, en AA.VV.: *Lecturas sobre temas constitucionales*, núm. 8, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1992.
- Oficina Internacional del Trabajo: *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª. reunión, Informe I (B), Ginebra, 2007.
- Oficina Internacional del Trabajo: *Principios de la seguridad social*, núm. 1, “Manuales de seguridad social del Departamento de Seguridad Social de la OIT”, 1ª. edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001,
- Ojeda Marin, Alfonso: *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, S.A., Madrid, 1996.
- Oñate Laborde, Santiago y Pantoja Moran, David: *El Estado y el derecho*, Editorial Edicol, S.A., México, D.F., 1977.
- Ortecho Villena, Víctor Julio: *Derechos y Garantías constitucionales*, 2ª. edición, Marsol Perú Editores S.A., Trujillo, 1990.
- Páez Warton, José: *El plan de tesis*, Impresiones Olgraf, Lima, 2009.

- Palomino Manchego, José F. y Chávez Rabanal, Mario G.: “Precedente constitucional vinculante sobre las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura”, en AA.VV.: *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Oscar Peña Gonzáles (coordinador), APECC, Lima, 2012.
- Pareja Paz Soldán, José: *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979. Apreciación y comentarios*. Nota preliminar y revisión técnica por Domingo García Belaunde, 3ª. edición, Ediciones Justo Valenzuela V.E.I.R.L., Lima, 1984.
- Pareja Paz-Soldán, José: *Historia de las constituciones nacionales (1812-1979)*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2ª. edición revisada, corregida y aumentada, Lima, 2005.
- Parekh, Bhikhu: *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*, traducción de Sandra Chaparro, Ediciones Istmo, S.A., Madrid, 2005.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio; Asís Roig, Rafael de; Ansuátegui Roig, Francisco Javier (directores): *Historia de los Derechos Fundamentales*, 9 volúmenes, Dykinson, S.L.-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, Madrid, 2010.
- Pérez Ayala, Andoni: “Los orígenes del constitucionalismo social. Una aproximación desde una perspectiva histórico comparada”, en García Herrera, Miguel Ángel (Dir.): *El constitucionalismo social en la crisis del Estado social*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique: *Los derechos fundamentales*, 5ª. edición, Madrid, Tecnos, 1995.
- Pickles, Dorothy: *Democracia*, traducción de Ramiro de Casasbellas, Emecé Editores S.A., Buenos Aires, 1971.
- Pisarello, Gerardo: “Del estado social tradicional al estado social constitucional: por una protección completa de los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel (Compilador): *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*, 1ª. edición, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, diciembre, 2002.
- Pissarello, Gerardo: *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- Pla Rodríguez, Américo: *Los principios del derecho del trabajo*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1998.
- Prieto Sanchis, Luis: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores): *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Serie Doctrina Jurídica, núm. 28, 1ª. edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2000.

- Quiles, Ismael S.J.: *La persona humana*, Espasa-Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires-México, D.F., 1952.
- Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª. edición, Espasa Libros, S.L.U., Madrid, 2001, palabra: «atención».
- Rodríguez Mancini, Jorge: *Curso del derecho del trabajo y de la seguridad social*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2004.
- Rolla, Giancarlo: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002
- Rolla, Giancarlo: *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, traducciones del italiano Giovanni Priori L., Mijail Mendoza Escalante, Domingo García Belaunde, Leonardo Sánchez Mesa, 2ª edición, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, núm. 8, Lima 2008.
- Romero, Francisco: *Teoría del hombre*, 3ª. edición, Losada, S.A., Buenos Aires, 1965.
- Rubio Llorente, Francisco y Aragón, Manuel: “La jurisdicción constitucional”, en Eduardo García de Enterría y Alberto Predieri (Coordinadores): *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1981.
- Sáenz Dávalos, Luis R.: “El amparo contra amparo en el Perú: estado actual de la cuestión a la luz de los precedentes existentes”, en AA.VV.: *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Oscar Peña Gonzáles (coordinador), APECC, Lima, 2012.
- Salin, Edgar: *Historia de la Doctrina Económica*, traducción de C. de las Cuevas, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1948.
- Sampay, Arturo Enrique: *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1942.
- Serna, Pedro y Toller, Fernando: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley S.A., Buenos Aires, 2000.
- Szabo, Imre: “Fundamentos históricos de los derechos humanos”, en AA.VV.: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Karel Vasak (Editor general), traducción Hernán Sabaté y María José Rodellar, Edicions Serbal-Unesco, Barcelona, 1984.
- Tafur Portilla, Raúl: *La tesis universitaria*, 1ª. reimpresión, Editorial Mantaro, Lima, 2012.
- Timasheff, Nicholas S.: *La teoría sociológica. Su naturaleza y desarrollo*, Traducción de Florentino M. Torner, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1961.
- Tocqueville Alexis de: *La Democracia en América*, 2 ts., Sarpe, Madrid, 1984.
- Tomás y Valiente, Francisco: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- Torres Muro, Ignacio: *La legitimación en los procesos constitucionales*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2007.
- Touchard, Jean: *Historia de las ideas políticas*, 5ª. edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1983.
- Tugendhat, Ernest: *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- Vanossi, Jorge: *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, tercera edición, Buenos Aires, Eudeba, 2000.
- Wolpold-Bosien, Martin: *El reto de los derechos humanos económicos, sociales y culturales, y la cooperación para el desarrollo con América Central*, El

Salvador, Edit. por FIAN en cooperación con la Fundación Heinrich-Böll, 1999.

Zavala Costa, Jaime: “El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo”, en AA.VV.: *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Carlos Blancas Bustamante, Guillermo Boza Pró y Fernando García Granara (Comité editor), Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.

B. REVISTAS

Alexy, Robert: “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm.66, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Alonso García, Alonso: “Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del «welfare state» en Norteamérica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 11, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.

Aragón, Manuel: “La eficacia jurídica del principio democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.

Aragón, Manuel: “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, núm. 17, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986.

Baño Leon, José María: “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.

Bastida Freijedo, Francisco J.: “Elecciones y Estado democrático de Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 32, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

Borowski, Martin: “La restricción de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 59, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Caamaño, Fran: “Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 60, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Caamaño, Francisco: “Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación «constitucionalmente adecuada»”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 36, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

Carbonell, Miguel: “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en AA.VV, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 34, México, D.F., 2004.

- Carrillo, Marc: “La aplicación judicial de la Constitución”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 24, núm. 71, mayo-agosto, 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Cascajo Castro, José Luis: “El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 23, núm. 69, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- Cascajo Castro, José Luis: “La jurisdicción constitucional de la libertad”, Revista Estudios Políticos, núm. 199, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1975.
- Chacin Fuenmayor, Ronald, “Sobre algunos aspectos fundamentales de la interpretación constitucional: enfoques o métodos interpretativos”, en Revista Memoria Política, N° 8, Valencia, Venezuela, 2003.
- Cruz Villalon, Pedro: “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 12, núm. 35, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.
- Cruz Villalon, Pedro: “Formación y evolución de los derechos fundamentales” Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, núm. 25, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.
- Cuba, Joaquín Martín: “El concepto de igualdad en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 18, núm. 53, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- D’ Medina Lora, Eugenio: “La privatización de infraestructuras de servicios públicos a través del sistema de concesiones”, Iust et veritas, año 11, núm. 22, junio, Lima, 2001.
- De Lucas, J., y Añón, M. J.: “Necesidades, razones, derechos”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 7, 1990.
- Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid: “Actividad del Tribunal Constitucional: Relación de sentencias dictadas durante el segundo cuatrimestre de 2000”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, núm. 60, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Díaz Revorio, Francisco Javier: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho Comparado Europeo”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 21, núm. 61, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- García Belaunde, Domingo: “El Estado social re-visitado”, Ius Inkarri, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma, núm. 1, Lima, 2012.
- Eguiguren Praeli, Francisco José: “La opción por un amparo estricto y residual en el Perú”, Estudios Constitucionales, año 4, núm. 2, noviembre, Universidad de Talca, Talca, 2006.
- Ernesto Blume Fortini: “El Tribunal Constitucional como Supremo Intérprete de la Constitución”, en Dereho-PUC, núm. 50, Lima 1996.
- Eto Cruz, Gerardo: “Ámbito de protección del proceso constitucional del amparo (algunas precisiones en tomo al concepto de derechos humanos y otros

- conceptos afines)” Revista Jurídica Cajamarca, año III, núm. 6, enero-marzo, 2002.
- Fernández Rodríguez y José Julio: “Consideraciones en torno a la jurisprudencia constitucional de 1994 sobre la televisión por cable en relación a la inconstitucionalidad por omisión”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, núm. 48, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.
- Fernández Segado, Francisco: “La teoría de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- Fernández-Espinar y López, Luis Carlos: “Constitución y sistema económico”, Revista Española de Estudios Constitucionales, año 6, núm. 18, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986.
- Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: “El Estado social”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 23, núm. 69, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- Francisco J. Eguiguren Praeli: “El nuevo Código Procesal Constitucional”, Revista Peruana de Derecho Público, año 5, núm. 8, enero-junio, Lima, 2004.
- Freixes Sanjuán, Teresa y Remotti Carbonell, José Carlos: “Los valores y los principios en la interpretación constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 12, núm. 35, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.
- Gómes Canotilho, José Joaquim: “Derecho, Derechos; Tribunal, Tribunales”, en Revista de Estudios Políticos, núm., 60-61, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.
- Gorrell, J.: “Transmisión de empresa y convenio aplicable”, Relaciones Laborables, Revista Crítica de Teoría y Práctica, T. 2003/II, Madrid.
- Hans-Horst Konkolewsky: “Extensión de la protección de la salud: es preciso afrontar el desafío”, Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS), Perspectivas de Política Social, núm. 6, Ginebra, diciembre, 2007.
- Hernández Valle, Rubén: “La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 14, núm. 41, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.
- Iglesias Fernández, José: “¿Una alternativa Transformadora?: la Renta Básica”, Cuadernos Renta Básica, núm. 5, Barcelona, noviembre, 2003.
- Iglesias Fernández, José: “La Renta Básica y los Derechos Humanos”, El vuelo de Ícaro. Revista de Derechos humanos, crítica política y análisis de la economía, núm. 1, marzo, Liga Española Pro-Derechos Humanos, Madrid, 2001.
- Iglesias Fernández, José: “La Renta Básica: perfeccionando el proceso de implantación”, Revista Internacional de Filosofía Política, núm. 19, julio, UAM-UNED, Madrid, 2002.
- Iglesias Fernández, José: “Renta Básica: el modelo fuerte como instrumento de transformación social”, El vuelo de Ícaro. Revista de Derechos humanos, crítica política y análisis de la economía, núm. 2 y 3, Liga Española Pro-Derechos Humanos, Madrid, 2001/2002.

- Joachim Faller, Hans: “Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal de Alemania”, traducción Paloma Nicolás Muñiz, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril, Madrid, 1983.
- Juan José Solozabal Echavarría: “Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 69, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.
- Landa Arroyo, César: “Notas acerca del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Derecho y Sociedad*, núms. 8-9, Lima, 1994.
- Landa Arroyo, César: “Teoría de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 6, enero-junio, México, D.F., 2002.
- Lopez Garrido, Diego: “Reflexiones sobre la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 1/1992, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Año 13, núm. 38, mayo-agosto, Madrid, 1993.
- Lopez Guerra, Luis: “Estado social y reforma administrativa. Comentarios a «Estado social y Administración pública», de L. Párejo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 10, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.
- Manuel García Pelayo: “El status del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1982.
- Mario Pasco Cosmópolis: “La Constitución y la nueva cuestión social (Perú)”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 1, julio-diciembre, 2005.
- Matia Portilla, Francisco Javier: “La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 60, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Moreno García, Antonio: “Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 38, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- Neuner, Jörg: “Los derechos humanos sociales”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Nogueira Alcalá, Humberto: “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Estudios Constitucionales*, año 1, núm. 1, Santiago de Chile, 2003.
- Pace, Alessandro: “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 63, enero-marzo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.
- Paliza, Rosendo: “Impacto de las Privatizaciones en el Perú”, *Estudios Económicos, Banco Central de Reserva*, núm. 4, julio, Lima, 1999.

- Pérez Royo, Javier: “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 10, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.
- Pérez Tremps, Pablo: “Constitución, Ley Orgánica del Poder Judicial y jueces ordinarios”, en *Documentación Jurídica*, tomo XII, núm. 45-46, Ministerio de Justicia, Madrid 1985.
- Prieto Sanchis, Luis: “Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales (I)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1981.
- Prieto Sanchis, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Revenga Sánchez, Miguel: “Función jurisdiccional y control político. ¿Hacia una responsabilidad política del juez?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 10, núm. 29, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.
- Rey B., Alonso y Mendoza C., Ana Julia: “Privatizaciones y Concesiones. Porque sí”, *Derecho & Sociedad*, año 17, núm. 26, Lima, Perú, 2006.
- Rivas Franchini, Eda: “Abuso de posición de dominio en la concesión del Ferrocarril Sur Oriente”, *Derecho & Sociedad*, año 18, núm. 29, Lima, Perú, 2007.
- Rodrigo Labardini, Javier Ramon Brito Moncada y Miguel Angel Gonzalez Felix: “Convenciones Internacionales y Derechos Humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos, «Pacto de San Jose de Costa Rica»”, *Revisada, Revista el FORO*, tomo 1, núm. 4, setiembre de 1998.
- Rodríguez Paniagua, José M.^a: “Derecho constitucional y derechos humanos en la revolución norteamericana y francesa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 19, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987.
- Rodríguez Ruiz, Blanca: “El caso Valenzuela contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 19, núm. 56, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Roncero Neciosup, Miguel Ángel: “Concesiones cofinanciadas y PPPS”, *THEMIS, Revista de Derecho*, Época 2, núm. 52, Lima, 2006.
- Rubio Llorente, Francisco: “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.
- Rubio Llorente, Francisco: “la jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Rubio Llorente, Francisco: “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 62, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo: “El Estado social autónomo: eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los estatutos de autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, Núm. 65, mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

- Sánchez Agesta, Luis: “Una obra clásica de nuestro Derecho Constitucional (Comentario a la reedición del «Derecho Constitucional comparado» de Manuel García Pelayo)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 13, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985.
- Sastre Ariza, Santiago: “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 112, abril-junio, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- Solozabal Echevarría, Juan José: “Alcance jurídico de las cláusulas definitivas constitucionales (A propósito de la calificación del Senado como Cámara de representación territorial)”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 15, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985.
- Starck, Christian: “Derechos fundamentales y derecho privado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Troncoso Reigada, Antonio: “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, núm. 57, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín: “Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 36, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.
- Varela Suanzes-carpegna, Joaquín: “Política y Derecho en la Edad Media”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 17, núm. 49, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

C. LIBROS EN SITIOS WEB

- David Casassas y Daniel Raventós: “Propiedad y libertad republicana: La Renta Básica como derecho de existencia para el mundo contemporáneo”, Sin Permiso, núm. 2, 2005, <<http://www.sinpermiso.info/sumarios/pdf/sinpermiso-numero02-0706201004.pdf>>, visitado 24 de septiembre de 2013.
- Dávila García, Abel: “Los derechos humanos a la vuelta del milenio”, *Revista Vínculo Jurídico*, núm. 35-36, julio-diciembre, Centro de Investigaciones Jurídicas UAZ, México, 1998, en <www.uaz.edu.mx/vinculo/webv/j/irev35-36.htm>
- Educasociatic: “Porqué la sociedad está estratificada”, miércoles, 3 de septiembre de 2008, en <<http://educasociatic.blogspot.com/2008/09/porqu-la-sociedad-est-estratificada.html>>, visitada el día 15 de abril de 2013.
- Infantino, Lorenzo: “Tocqueville y el problema de la democracia”, en *La Ilustración liberal: Revista Española y Americana*, N°. 11, 2002, párrafo 51, edición digital, <<http://www.ilustracionliberal.com/11/tocqueville-y-el-problema-de-la-democracia-lorenzo-infantino.html>>
- Canosa, Usera, Raúl: “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta”, *Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 1, [en línea], 1998, [Fecha

de consulta: 7 de octubre de 2013] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740104>>

Silvia Ortíz Herrera: “Articulación del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial en la labor interpretativa de la Constitución Especial referencia a las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional”, en Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 12, 1997, [Fecha de consulta: 7 de octubre de 2013] Disponible en: <<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFID-1997-12-FA93A0E0&dsID=PDF>>

D. TESIS Y DOCUMENTOS

Chávez Rabanal, Mario G.: Tesis: “Contenido constitucional del derecho fundamental a pensión”. Tesis para optar el Grado de Abogado con mención a publicación, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2007.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007.

U.N. Doc. E/1991/23, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 3.

E. JURISPRUDENCIA NACIONAL

STCPE N° 00007-2012-PI/TC, Callao, Colegio de Abogados del Callao, de fecha 26 de octubre de 2012, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPE N° 0024-2003-AI/TC, Lima, Municipalidad Distrital de Lurín, de fecha 10 de octubre de 2005, Fundamentos: La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPE N° 0004-2004-CC/TC, Lima, Poder Judicial, 31 de diciembre de 2004, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPE N° 01537-2008-PA/TC, Lima, Racier S.A., Representada por Fernando Rodríguez Cánepa, de fecha 9 de diciembre de 2008, , <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPE N° 0206-2005-PA/TC, Huaura, César Antonio Baylón Flores, de fecha 28 de noviembre de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPE N° 02851-2006-PA/TC, Lima, Jacinto Antonio Espino Pisconte, de fecha 16 de mayo de 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPE N° 03052-2009-PA/TC, Callao, Yolanda Lara Garay, de fecha 14 de julio de 2010, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 05189-2005-PA/TC, Junín, Jacinto Gabriel Angulo, de fecha 6 de diciembre de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 09600-2005-PA/TC, Moquegua, Rosana Francisca Podestá Torres, de fecha 11 de diciembre de 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 0976-1996-AA/TC, Ica, Fernando Elías Napuri Calderón, de fecha 11 de diciembre de 1997, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 0976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco, Huánuco, de fecha 13 de marzo del 2003, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 1417-2005-AA/TC, Lima, Manuel Anicama Hernández, de fecha 8 de julio de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 1956-2004-AA/TC, Lima, Martha Olinda Combe Rivera, de fecha 5 de octubre de 2004, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 00030-2005-PI/TC, Lima, más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República, de fecha 2 de febrero de 2006, FJs. 50-59 y 61 y STCPe N° 00004-2004-CC/TC, Lima, Poder Judicial, de fecha 31 de diciembre de 2004, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 00050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC, 0009-2005-PI/TC, acumulados, Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos, de fecha 3 de junio de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 0023-2005-PI/TC, sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Proceso de Inconstitucionalidad, Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República, de fecha 27 de octubre de 2006, *vid.* <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 0024-2003-AI/TC Lima, Municipalidad Distrital de Lurín, de fecha 10 de octubre de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 03741-2004-PA/TC Lima, Ramón Hernando Salazar Yarlénque, 14 de noviembre de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 01217-2007-PA/TC, Lima, Percy Palomino Martínez, de fecha 8 de noviembre de 2007, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 0150-2000-AA/TC, Tumbes, Larry Walter Gómez Sandoval y otros, de fecha 12 de julio de 2000, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 0019-1998-AA/TC, Lambayeque, José Santos Rodríguez Ferré, de fecha 28 de setiembre de 1999, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 02002-2006-PC/TC, Lima, Pablo Miguel Fabián Martínez y otros, de fecha 12 de mayo del 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 02040-2004-AA/TC, Piura, Carlos Alberto País Lescano, de fecha 9 de setiembre de 2004, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 02371-2004-AA/TC, Tacna, Margiory Nancy Loayza Calderón, 16 de agosto de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 02409-2008-PA/TC, Puno, Margarita Roquecayo, de fecha 9 de junio de 2009, <<http://www.tc.gob.pe>>

STCPe N° 02945-2003-AA/TC, Lima, Azanca Alhelí Meza García, de fecha 20 de abril de 2004, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 03304-2007-AA/TC, Lima, Rodolfo Colina Quispe, de fecha 25 de agosto de 2008, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 03330-2004-AA/TC, Lima, Ludesminio Loja Mori, de fecha 11 de julio de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 03480-2007-PA/TC, Lima, Juan José Medina Morán, de fecha 15 de noviembre de 2007, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 03919-2010-PC-TC, Lambayeque, Juan Peralta Cueva y otros, de fecha 11 de setiembre de 2012, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 04272-2006-AA/TC, Lima, Mayfor Luis Roncal Salazar, de fecha 12 de noviembre de 2007, FJ. 7, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 04635-2004-AA/TC, Tacna, Sindicato de Trabajadores Toquepala y Anexos, de fecha 17 de abril de 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 04922-2007-PA/TC, Lima, Sindicato Nacional de Trabajadores de SUNAT/Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas, de fecha 18 de octubre de 2007, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 0532-2001-AA/TC, Loreto, Rafael Augusto Ramírez Alzamora, de fecha 7 de noviembre de 2002, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 05381-2006-AA/TC, La Libertad, Carlos Murga Vera, de fecha 15 de agosto de 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 05427-2009-PC/TC, Lima, Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), de fecha 30 de junio de 2010, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 05743-2006-PA/TC, Sullana, Javier Roberto Zapata Valdiviezo, de fecha 21 de agosto de 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 05842-2006-PHC/TC, Lima, Miguel Ángel Morales Denegri, a favor de los internados en la sala de hospitalización de adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental 'Honorio Delgado-Hideyo Noguchi', de fecha 7 de noviembre de 2008, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 06198-2007-AA/TC, Santa, Luis Alberto Cruz García, de fecha 3 de setiembre de 2008, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 06462-2005-PA/TC, Arequipa, Juan Ismael Melo Díaz, de fecha 21 de agosto de 2007, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 0795-1998-AA/TC, La Libertad, Miguel Ángel Sánchez Miranda, de fecha 6 de noviembre de 1998, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 09197-2006-PA/TC, Cuzco, Iván Atao López, de fecha 6 de noviembre de 2007, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 0970-1996-AA/TC, Ica, Félix Virginio Salazar Reyes, de fecha 17 de julio de 1998, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 09854-2006-PA/TC, Lima, Maribel Aurora Apaza Yquira, de fecha 11 de enero de 2007, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 01112-98-AA/TC, Lima, César Antonio Cossío y otros, de fecha 21 de enero de 1999, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 01396-2004-AA/TC, Callao, Elías Toledo Gutiérrez, de fecha 9 de noviembre de 2004, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 02371-2004-AA/TC, Tacna, Margiory Nancy Loayza Calderón, de fecha 16 de agosto de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 02002-2006-PC/TC, Lima, Pablo Miguel Fabián Martínez y otros, de fecha 12 de mayo de 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>.

STCPe N° 3771-2004-HC/TC, Piura, Miguel Cornelio Sánchez Calderón, Lima, de fecha 29 de diciembre de 2004, <<http://www.tc.gob.pe>>.

- STCPe N° 4587-2004-AA/TC, Lima, Santiago Martín Rivas, de fecha 29 de noviembre de 2005, <<http://www.tc.gob.pe>>
- STCPe N° 0712-1999-AA/TC, Lima, Jeny María Reyes Palacios y otros, de fecha 4 de noviembre de 1999, <<http://www.tc.gob.pe>>
- STCPe N° 0482-1999-AA/TC, Lima, Gloria Elizabeth Ordóñez Huanuco, de fecha 22 de julio de 1999, <<http://www.tc.gob.pe>>
- STCPe N° 09949-2005-PA/TC, Arequipa, José Herald Montenegro Guzmán, de fecha 21 de febrero de 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>
- STCPe N° 00002-2010-PI/TC, más de 5,000 ciudadanos, de fecha 7 de septiembre de 2010, <<http://www.tc.gob.pe>>.
- STCPe N° 00002-2010-PI/TC, Aclaración de la Procuradora Pública Especializada en materia constitucional, más de 5,000 ciudadanos, de fecha 11 de octubre de 2010, FJ. 3, <<http://www.tc.gob.pe>>.
- STCPe N° 00010-2010-PI/TC, siete mil trescientos noventa y tres ciudadanos, de fecha 18 de abril de 2011, <<http://www.tc.gob.pe>>.
- STCPe N° 2002-2006-PC/TC, Lima, Pablo Miguel Fabián Martínez y otros, de fecha 12 de mayo del 2006, <<http://www.tc.gob.pe>>.

F. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. 2/82 del 24 de diciembre de 1982, serie A, número 2, <<http://www.corteidh.or.cr>>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), <<http://www.corteidh.or.cr>>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), <<http://www.corteidh.or.cr>>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafo 104, <<http://www.corteidh.or.cr>>
- SU 623/01, del 14 de junio del 2001, Acción de tutela instaurada por César Augusto Medina Lopera contra Comfenalco E.P.S., Corte Constitucional de Colombia, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/su623-01.htm>>

G. NORMATIVIDAD

- Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.
- Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo,
- Ley N° 29497, Ley Procesal de Trabajo.
- Ley N° 29352, Ley que establece la libre disponibilidad temporal y posterior intangibilidad de la compensación por tiempo de servicios (CTS).

- Ley N° 29353, Ley que amplia temporalmente el período de acceso a servicios de seguridad social en salud para desempleados.
- Ley N° 28678, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 3 de marzo de 2006, modifica el artículo 45 del D.L. 19990.
- Ley N° 27617 (publicada el 01-01-2002), Ley que dispone la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990 y modifica el Decreto Ley N° 20530 y la Ley del Sistema Privado de Administración de fondos de pensiones, referido al monto de las pensiones.
- Ley N° 27321, Ley de prescripción extintiva laboral.
- La Resolución Jefatural N° 001-2002-JEFATURA-ONP (publicada el 03-01-2002)
- Decreto Legislativo N° 856, Precisan alcances y prioridades de los créditos laborales, (04/10/1996).
- Decreto Supremo N° 032-2005-PCM, Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres – JUNTOS y por el Decreto Supremo N° 062-2005-PCM, que modifica el Decreto Supremo N° 032-2005 PCM mediante el cual se creó el Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres – JUNTOS. Actualmente se encuentra comprendido dentro de la Ley N° 29792 Ley de creación, organización y funciones del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social –MIDIS, el Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres– JUNTOS es adscrito como Unidad Ejecutora del Pliego MIDIS.
- Resolución Legislativa N° 13284, el 23 de agosto de 1961, establece las normas mínimas sobre la seguridad social.