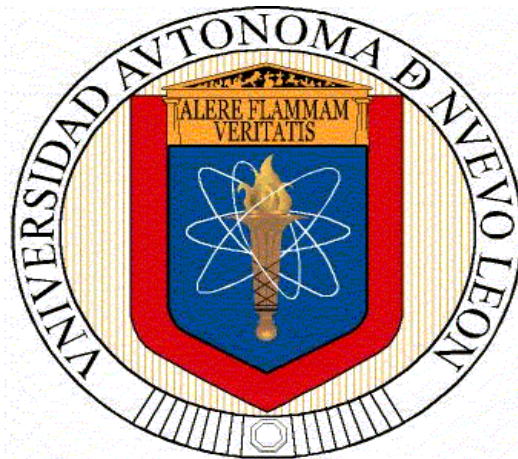


UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO



**Derechos sociales y justiciabilidad: El Tribunal Constitucional
Peruano y su jurisprudencia en materia de derechos sociales
fundamentales (2002-2008)**

POR

MDCG. DIANA ROCÍO ESPINO TAPIA

Tesis para obtener el Grado de
Doctor en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y
Gobernabilidad

CIUDAD UNIVERSITARIA

ENERO 2015

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**Derechos sociales y justiciabilidad: El Tribunal Constitucional
Peruano y su jurisprudencia en materia de derechos sociales
fundamentales (2002-2008)**

POR

DIANA ROCÍO ESPINO TAPIA

Tesis para obtener el Grado de
Doctor en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y
Gobernabilidad

CIUDAD UNIVERSITARIA

ENERO 2015

“Situada en su rango de actividad espiritual secundaria, la política o pensamiento de los útil es una saludable fuerza de que no podemos prescindir. Si se me invita a escoger entre el comerciante y el bohemio, me quedo sin ninguno de los dos. Más cuando la política se entroniza en la conciencia y preside toda nuestra vida mental, se convierte en un morbo gravísimo. La razón es clara. Mientras tomemos lo útil como útil no hay nada que objetar. Pero si esta preocupación por lo útil llega a constituir el hábito central de nuestra personalidad, cuando se trate de buscar lo verdadero tenderemos a confundirlo con lo útil. Y esto, hacer de la utilidad la verdad, es la definición de la mentira. El imperio de la política es, pues, el imperio de la mentira.”

José Ortega y Gasset, “Verdad y perspectiva”, en *El Espectador*, Navarra, Salvat Ed., 1971, p. 18.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo no hubiera sido posible sin la paciencia, el apoyo y la comprensión de mis padres- Esperanza Tapia Gonzales y Víctor Raúl Espino Niño- quienes con amor incondicional siempre estuvieron ahí, en las buenas y en las malas, en las flaquezas y en los momentos más difíciles que me tocaron vivir a lo largo de estos casi cinco años de investigación doctoral.

También fue posible gracias al amor, comprensión y apoyo académico de mi esposo Juan Antonio Doncel de la Colina; quien me motivó a seguir a pesar de las dificultades y fue el gran artífice metodológico de esta investigación, ayudándome a hilvanar la metodología sociológica con las ciencias jurídicas.

Un especial agradecimiento a la Dra. Aida Figueroa Bello, mi directora de tesis, quien aceptó dirigirme en el momento que más la necesitaba y siempre me ha dado la libertad suficiente para lograr que esta investigación lleve mi sello propio. A ella le agradezco su paciencia, su diligencia y su disposición.

Debo agradecer también el apoyo de la Dra. Amalia Guillén Gaytán- por su invaluable amistad-, de la Dra. Laura Medellín- por la elaboración del protocolo de investigación que sin sus observaciones no hubiera sido posible-, a la Facultad de Derecho de la UANL y al CONACYT.

A Santiago Rafael, con la esperanza
que algún día, él me dedique la suya.

**“Derechos sociales y justiciabilidad: El Tribunal
Constitucional Peruano y su jurisprudencia en materia
de derechos sociales fundamentales (2002-2008)”**

INTRODUCCIÓN

PARTE I

**DELIMITACIÓN DEL MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS
DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO
PERUANO**

**CAPÍTULO I.- LA CONFIGURACIÓN DEL ESTADO PERUANO COMO ESTADO
SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

- 1.1 Introducción al capítulo26
- 1.2 El Estado Social y El Estado de Bienestar: Revisión de una histórica confusión conceptual27
- 1.3 El nacimiento y la configuración del Estado social y democrático de Derecho en el constitucionalismo contemporáneo.....44
- 1.4 La crisis jurídico-política del Estado Social de Derecho a inicios del siglo XXI.....54
- 1.5 Hacia la reestructuración de la noción del Estado Social de Derecho como un Estado social desarrollista: De la justicia retributiva y la justicia distributiva.....64
- 1.6 La configuración del Estado Peruano como Estado social y democrático de Derecho según la Constitución Política peruana de 1993.....68

CAPÍTULO II.- LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL PERUANO

2.1	Introducción al capítulo.....	90
2.2	Del asistencialismo al reconocimiento constitucional: Un siglo de historia de los derechos sociales.....	91
2.3	Los elementos constitutivos del concepto de derechos sociales	107
2.4	La doble dimensión material-normativa de los derechos sociales en el constitucionalismo social contemporáneo.....	119
2.5	Los derechos sociales en la Constitución Política Peruana de 1993.....	198

CAPÍTULO III.- LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNO PERUANO EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

3.1	Introducción al capítulo.....	213
3.2	El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Su evolución y características principales.....	214
3.3	La tensión entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en materia de derechos humanos: El control de Convencionalidad-Constitucionalidad como solución pacífica en el Constitucionalismo latinoamericano.....	219
3.4	Las obligaciones internacionales en materia de derechos sociales del Estado Peruano en los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos.....	232

3.5	La aplicación por parte de la jurisdicción constitucional peruana de las normas internacionales en materia de derechos sociales.....	322
-----	--	-----

PARTE II

EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO SOCIAL PERUANO

CAPÍTULO IV.- EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

4.1	Introducción al capítulo.....	333
4.2	La jurisdicción constitucional: Alcances generales.....	334
4.3	La jurisdicción constitucional en el Perú.....	347
4.4	El rol del Tribunal Constitucional en la jurisdicción constitucional peruana.....	367
4.5	Las “etapas” del Tribunal Constitucional Peruano: Desde su instalación hasta la actualidad (1996-2014).....	399
4.6	La actividad del Tribunal Constitucional en el periodo 2002-2008: Contextualización de la jurisprudencia dictada en materia de derechos sociales.....	406
4.7	Tipología de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano en materia de derechos sociales fundamentales.....	409

**CAPÍTULO V.- MECANISMOS DE JUSTICIABILIDAD DIRECTA E
INDIRECTA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO (2002-
2008)**

5.1	Introducción al capítulo.....	441
5.2	La exigibilidad judicial y la justiciabilidad de los derechos sociales: Dos momentos diferenciados e interrelacionados de un proceso garantista-jurisdiccional.....	443
5.3	Derechos sociales y exigibilidad judicial en el paradigma neoconstitucional.....	452
5.4	Las garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos sociales fundamentales en el constitucionalismo peruano.....	477
5.5	Los mecanismos de justiciabilidad para la garantía de los derechos sociales fundamentales desarrollados por el Tribunal Constitucional Peruano en el periodo comprendido entre los años 2002-2008.....	512

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

AA	Acción de Amparo
AC	Acción de Cumplimiento
AFP	Administradora de Fondo de Pensiones
AI	Acción de Inconstitucionalidad
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BM	Banco Mundial
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
Carta OEA	Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos
CDFT	Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Peruana
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDAW	Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CERD	Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial
CIAGS	Carta Interamericana de Garantías Sociales
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPCConst.	Código Procesal Constitucional del 2004
CTMF	Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias
DADH	Declaración Americana de Derechos Humanos
DCP	Derechos Civiles y Políticos
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos

ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
FMI	Fondo Monetario Internacional
HC	Hábeas Corpus
HD	Hábeas Data
LOTSC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONP	Oficina Nacional de Pensiones
ONU	Organización de Naciones Unidas
PA-CADH	Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos
PDFT	Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Peruana
PF-PIDCP	Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
PF-PIDESC	Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PIDCP	Protocolo Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Protocolo Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RN-LOTSC	Reglamento Normativo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros
SIDH	Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos
SUDH	Sistema Universal de protección de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

El siglo XX significó para el Derecho Público la realización de un importante esfuerzo de dotar al ser humano de derechos fundamentales a fin de garantizar la máxima protección de su dignidad humana y su plena realización en la sociedad. Los primeros intentos de reconocimiento de los cambios acontecidos en la sociedad de este siglo, se imprimieron en los textos constitucionales europeos. Ya desde el siglo XIX se consagró como valor supremo inspirador del constitucionalismo a la libertad, valor sobre el cual se fundamentaba el naciente aparato estatal. De este modo, aspectos tan importantes como la división de poderes, el principio democrático, la preeminencia del valor libertad y el rol del Estado adquieren una sólida posición en este naciente constitucionalismo, mientras que a su vez se instauraban como bases sobre las cuales la dogmática positivista-legalista se sirvió para normar el nuevo orden social.

Ya instalados en el siglo XX, el convulso periodo de entreguerras resaltó la necesidad de superar ciertas contradicciones del orden impuesto. Estas contradicciones, aunado al surgimiento de nuevas reivindicaciones como las que surgen producto de la asimilación constitucional del valor igualdad, dio como resultado el surgimiento de un nuevo modelo de Estado. La inclusión del valor igualdad en los textos constitucionales significaba romper con el orden impuesto por el régimen del *laissez faire* y la introducción de cambios en la normativa constitucional. Estos cambios constitucionales fueron el reflejo de las luchas sociales por la reivindicación de los sectores más

vulnerables de la sociedad; reivindicaciones sociales y económicas que dieron nacimiento a lo que hoy llamamos- en teoría constitucional- derechos sociales y; por consiguiente, el surgimiento del nuevo constitucionalismo social.

El surgimiento del Estado Social de Derecho trajo consigo la adjudicación de nuevas funciones sociales al Estado centrándose básicamente en el intervencionismo estatal en la dinámica económica- social. En el Estado Social de Derecho, el Estado asume- en todos los casos- una obligación respecto a la “procura existencial”¹ de sus ciudadanos; es decir, se compromete al mantenimiento de condiciones materiales básicas de bienestar de los individuos y –específicamente- de los sectores más vulnerables de la sociedad. Ante este nuevo paradigma, junto a las ventajas de la constitucionalización de los derechos sociales, también se evidenciaron las barreras para dar cumplimiento y efectividad a estos nuevos derechos que consagraban los textos constitucionales en el ámbito social y económico. La principal dificultad que se presentó a su efectividad fue la limitante presupuestaria estatal, lo que conllevó a la devaluación jurídica de estos postulados. Al tratarse de aspectos que caen en lo no justiciable, devino en la falta de eficacia jurídica de las normas de derechos sociales.

La situación de los derechos sociales en el neocapitalismo² actual es crítica. En realidad, muchos constitucionalistas afirman que no son más que

¹ El concepto de “*Daseinvorsorge*” (procura existencial) formulado por FORSTHOFF en 1938 y recogido por la doctrina germana para caracterizar el Estado Social. En este concepto se subraya las medidas concretas necesarias para satisfacer las necesidades vitales de los individuos en las actuales sociedades modernas. GARCIA PELAYO considera el concepto de “*procura existencial*” como: “La acción estatal destinada a crear las condiciones para la satisfacción de aquellas necesidades vitales, que en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no puede ser satisfecha por el individuo ni por el grupo”. (GARCIA PELAYO, M., *Obras completas*, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 36)

² Desde el punto de vista político, el sistema neocapitalista tiende a la integración de las fuerzas opositoras, aglutinadas en estructuras neoliberales que puede acabar consolidando la dominación más fuertemente que el absolutismo. La mecánica neocapitalista no conduce al enfrentamiento capital-trabajo como a la creación, por una parte, de una oligarquía tecnoburocrática y, por otra, a la marginación participativa y decisional de grandes masas de población, reducidas a un papel de simples ejecutantes de las decisiones de otros y separados de su propia gestión. El análisis del orden neocapitalista no sólo debe plantearse en términos económicos y de clase, sino también en términos de

“derechos sobre el papel” los cuales son utilizados por los poderes políticos y fácticos como derechos transaccionales, objetos de libre disponibilidad y completamente condicionados a las situaciones políticas- económicas de turno. En este contexto, han perdido el verdadero sentido que tenían cuando fueron constitucionalizados por primera vez, en los albores del siglo XX. En definitiva, los derechos sociales sufren la problemática que sufren los derechos fundamentales en general: han perdido su carácter vinculante para quedar a merced de los intereses privados que controlan en realidad la actividad de los actuales Estados Constitucionales.

La problemática en torno al desconocimiento de los derechos sociales fundamentales afecta en particular a los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Afecta sobre todo en el derecho básico a la subsistencia, pues no resulta una novedad que hayan millones de niños muriendo cada año de hambre en el mundo o que millones de personas adultas no sepan leer ni escribir. Las cifras de pobreza año a año crecen alarmantemente, las brechas entre ricos y pobres se acrecientan y las consecuencias de nuestro orden mundial neocapitalista devienen en nuevas formas de injusticia. Esta realidad demuestra que la crisis del Estado Social y de los derechos sociales no es una crisis formal; es decir, no tiene que ver tanto con la finalidad social-normativa que imprimen al Estado; más bien tiene que ver con la falta de voluntad política para desarrollar mecanismos que hagan efectivos los derechos fundamentales en general, y los derechos sociales en particular. Esta falta de voluntad política se justifica en la falta de creación de mecanismos efectivos de exigibilidad de los derechos sociales por parte de la doctrina y en la escasez de recursos para la efectividad de los derechos sociales, por ser derechos “costosos”.

Es debido a cuestiones dogmáticas, estructurales, históricas y axiológicas que los derechos sociales no han sido considerados por el constitucionalismo

ejercicio y organización de poder por elites especializadas: la tecnoburocracia. (MARCUSE, H., *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 26).

clásico como verdaderos derechos, siendo considerados como meras normas programáticas y sin ningún contenido vinculante, dependientes del presupuesto estatal y del nivel del desarrollo económico del Estado. Así, aún cuando los derechos sociales sean constitucionalizados y posean una fuerza normativa-constitucional innegable son- en la realidad de nuestros países- “derechos declarativos” que esperan su efectivo desarrollo legislativo que, en el caso de los países de América Latina y en particular el caso peruano, nunca llega a darse o se da de forma partidista- sectorial e insatisfactoria.

A pesar que los indicadores generales de crecimiento económico en el Perú señalan una mejoría notable de la economía peruana a niveles macroeconómicos³ e indican además un crecimiento en los indicadores de satisfacción de las necesidades básicas de la población⁴, esto no se ha traducido en una mejoría sostenible y a largo plazo que pueda mantener el sistema de garantías institucionales de los derechos sociales en el Estado Social peruano. Lo que sucede en realidad es que el llamativo crecimiento económico actual está sirviendo para justificar el modelo económico neoliberal impulsado desde hace veintidós años, invisibilizando el impacto negativo de este modelo sobre los derechos sociales de la gran mayoría de la población peruana (aquellas asentadas en regiones rurales) así como el impacto- que a mediano y largo plazo- tendrán sobre los derechos fundamentales de las generaciones futuras (en temas de desarrollo sustentable, derechos medioambientales, derechos pensionarios, etc.).

Se han cumplido veintidós años en Perú desde que se reestructuró la economía para insertarnos dentro de la sociedad internacional neoliberal. Veintidós años después del llamado “fujishock⁵”, del desmantelamiento del

³ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Informe sobre las perspectivas para el crecimiento de los países de América Latina y el Caribe 2014”, en *Panorama Económico Mundial*, FMI, 2014.

⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, *Estadísticas sociales: Población con al menos una necesidad básica insatisfecha según ámbito geográfico 2007-2014*, en: <http://www.inei.gov.pe/estadísticas/sociales/nbi>. Consultado en fecha: 14-05-2014

⁵ Durante el primer periodo del gobierno de Alberto Fujimori (1990-1995), siguiendo los consejos del Fondo Monetario Internacional, se aplica una reestructuración de precios llamada “Shock” que permitió superar el problema de la devaluación de la moneda, pero que provocó la devaluación de los

sistema de seguridad social así como de despidos masivos e indiscriminados de funcionarios públicos, el “milagro peruano” económico solo es visible desde una perspectiva macroeconómica y desde las clases socioeconómicas altas y medio altas que se concentran básicamente en las zonas urbanas de la costa peruana. Se observa, por el contrario, que a una evidente distribución desigual de la riqueza nacional se añaden otros males como una mala gestión de los recursos destinados a programas sociales, la falta de visión en la inversión de estos recursos que a la larga permitan mantener el sistema de desarrollo social peruano así como la corrupción presente en todos los niveles de la Administración Pública, con mayor énfasis en el sector de ejecución del presupuesto público.

La crisis de los derechos sociales en el Perú se manifiesta con mayor claridad sobre todo con referencia a las poblaciones vulnerables. Por ejemplo, en un informe sobre la situación de los pueblos indígenas en el Perú, publicado durante la apertura de la trigésima sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en mayo del 2014, la Organización de Naciones Unidas calificó los efectos que las industrias extractivas están teniendo en estas poblaciones como “devastadoras” tanto en el ámbito social como medioambiental. Según el texto, los indígenas no están percibiendo muchos beneficios de las actividades gasísticas y petroleras, lo que ha generado entre ellos "un alto nivel de descontento y de desconfianza" hacia el Estado y el sector industrial⁶. Esta situación evidencia que en el Perú, el crecimiento económico no se corresponde con la

salarios de la mayor parte de la población. Su política económica, basada en la aplicación de políticas económicas radicales, si bien estabilizó la vida económica tras la inflación del catastrófico gobierno anterior de Alan García (1985-1990), permitió la reinserción del Perú en el sistema financiero internacional y supuso la privatización de los servicios básicos del Estado a empresas extranjeras, las cuales obtuvieron privilegios como exoneraciones de impuestos así como la eliminación de muchas de las restricciones legales y laborales a las inversiones. Sin embargo, esta reestructuración económica provocó numerosas injusticias y devino en los despidos masivos de obreros y empleados y la supresión de la protección a la industria nacional, que llevó a su práctica quiebra y al paro obrero. Asimismo se redujo al mínimo la actividad sindical y aumentó la actividad económica informal.

⁶ DIARIO LA ESTRELLA DE PANAMÁ, “ONU advierte sobre situación de indígenas en Perú, Panamá y Canadá”, Sección Internacionales, publicado el 12 de mayo de 2014, <http://laestrella.com.pa/internacional/america/advierte-sobre-situacion-indigenas-peru-panama-canada/23455968>, consultado el 15 de mayo del 2014.

satisfacción de las necesidades básicas de la población ni a corto ni a largo plazo, sobre todo mientras persistan las malas prácticas gubernamentales, la corrupción y la técnica de distribución de las riquezas que más que disminuir la desigualdad, la acrecientan drásticamente.

La visión que respecto a los derechos sociales se maneja en el Perú es una visión de políticas públicas, donde los derechos son “programas” que se satisfacen gradualmente, que están vinculados a fines partidarios y que se pueden retirar cuando los recursos –o la conveniencia política- lo exijan. Esta situación ha ido cambiando progresivamente a partir del año 2002, a partir de la nueva visión de los derechos sociales como derechos fundamentales inaugurada por el Tribunal Constitucional Peruano de la época de la transición política (2002-2008). A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha venido “mutando” la Constitución Política Peruana de 1993 al interpretarla en clave social, sobre todo las disposiciones referidas a derechos fundamentales y a la Economía Social de mercado. Ha desarrollado los derechos sociales fundamentales de forma garantista, reconociendo su carácter de derechos fundamentales, como verdaderas obligaciones constitucionales impuestas al Estado, con contenido exigible y justiciable. Sin embargo, a pesar de este importante avance en la materia, aún no se logrado distinguir los derechos sociales de las políticas públicas y esto tiene que ver que aún no se ha dado el tránsito desde el Estado social asistencialista hacia uno verdaderamente desarrollista.

En esta investigación consideramos importante hacer ese tránsito, por ello se analiza los derechos sociales no desde una perspectiva de políticas públicas- como lo han hecho la mayoría de los estudios referidos a los temas sociales- sino desde una perspectiva de derechos fundamentales. Al considerar los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales, se justifica el análisis de su aspecto exigible y justiciable. A partir de aquí, es que en esta investigación se expondrán los derechos sociales como derechos fundamentales en el marco de un Estado social desarrollista y se justificará

su justiciabilidad. En el caso peruano, se observará como el Tribunal Constitucional ha justiciabilizado creativamente derechos sociales, a pesar de los cuestionamientos que sobre este ejercicio jurisdiccional se ha dado desde el ámbito político-institucional.

Es en este contexto que se centra el problema de esta investigación. Aquí se pretende analizar los mecanismos de justiciabilidad de los derechos sociales constitucionales desarrollados por el Tribunal Constitucional Peruano en sus sentencias en materia de derechos sociales en el periodo comprendido entre mayo del 2002 y julio del 2008. Se busca responder a la pregunta: ¿Cómo ha garantizado jurisdiccionalmente el Tribunal Constitucional Peruano los derechos sociales explícitamente enunciados en la Constitución Peruana de 1993 durante su etapa más progresista (2002-2008)? Y se sostiene como hipótesis que el Tribunal Constitucional Peruano ha garantizado jurisdiccionalmente los derechos sociales explícitamente enunciados en la Constitución Peruana de 1993 a través de mecanismos de justiciabilidad que ha desarrollado en sus sentencias emitidas en la materia en el periodo comprendido entre mayo del 2002 a julio del 2008. El problema que se pretende resolver se encuentra circunscrito al Derecho Constitucional. El paradigma científico-constitucional en el cual se desarrolla ésta tesis es el neoconstitucionalismo. El área científica es la Teoría de los Derechos Fundamentales en el Estado Social. El área temática es el estudio del ejercicio de la jurisdicción constitucional peruana para la garantía de los derechos sociales fundamentales reconocidos en la Constitución Política Peruana de 1993, centrado en la etapa progresista del Tribunal Constitucional Peruano (2002-2008).

La elección de este periodo histórico se justifica en la medida que se trata de un Tribunal Constitucional instaurado después del decenio fujimorista, durante el cual los derechos fundamentales en general se encontraban en “cautiverio”, no existía “Estado de Derecho” real ni mucho menos se trataba de un “Estado Constitucional”. Tampoco en periodo posterior, el Tribunal

Constitucional ha sido verdaderamente garantista. A pesar de que el Tribunal Constitucional de la etapa posterior (2008-2014) se desarrolla en un periodo con ciertas garantías democráticas, se ha visto afectado en sus decisiones por intereses políticos donde se ha evidenciado verdaderos retrocesos en la protección de derechos fundamentales.

La variable independiente de nuestra hipótesis es el reconocimiento constitucional explícito de los derechos sociales en la Constitución Peruana de 1993. La variable dependiente son los mecanismos de justiciabilidad desarrollados por el Tribunal Constitucional Peruano para garantizar jurisdiccionalmente tales derechos. La unidad de análisis está constituida por la jurisprudencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional Peruano en materia de derechos sociales constitucionales en el periodo comprendido entre mayo del 2002- julio 2008. Nuestros indicadores serán 1) el tipo de proceso del cual deriva la sentencia 2) el tipo de justiciabilidad y 3) el elemento generador de justiciabilidad.

El objetivo principal de esta investigación es el análisis y sistematización de los mecanismos de justiciabilidad desarrollados por el Tribunal Constitucional Peruano para garantizar jurisdiccionalmente los derechos sociales explícitamente reconocidos de la Constitución Peruana de 1993 en el periodo comprendido entre mayo del 2002- julio del 2008. También se tiene como objetivos secundarios: 1) la identificación del Estado social de Derecho peruano como un Estado social desarrollista 2) El estudio de la configuración jurídico-constitucional de los derechos sociales constitucionales en el constitucionalismo social peruano 3) El estudio de la interrelación entre el derecho internacional y el derecho interno peruano en materia de derechos sociales 4) El análisis jurídico-institucional del Tribunal Constitucional Peruano 5) La identificación de la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos sociales como dos momentos diferenciados e interrelacionados del proceso garantista-jurisdiccional de los derechos sociales y 6) La

identificación de las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales en el constitucionalismo social peruano.

Desde la perspectiva metodológica, se trata de una investigación documental-descriptiva y explicativa. Para la comprobación de nuestra hipótesis, se ha hecho un estudio previo de todas las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales constitucionales, desde su instalación en 1996. Posteriormente, se seleccionó las sentencias que trataban exclusivamente de derechos sociales reconocidos de forma expresa en la Constitución de 1993, excluyendo los llamados “derechos sociales innominados”. A continuación, de esta pre-selección, se seleccionó finalmente a aquellas sentencias emitidas en el periodo comprendido entre el 30 de mayo del 2002 al 9 de julio del 2008. De esta selección, obtuvimos un total de 52 sentencias las cuales fueron analizadas una por una a fin de poder determinar los mecanismos de justiciabilidad utilizados por el TC en materia de derechos sociales. Finalmente, una vez clasificadas las sentencias y obtenidos los elementos constitutivos de cada mecanismo, se procedió a seleccionar una sentencia-muestra, para la explicación de los resultados de la investigación.

Con referencia a su estructura, esta tesis está dividida en dos partes. La primera parte hace referencia a la configuración del marco jurídico-constitucional de los derechos sociales en el Estado social de Derecho peruano. La segunda parte está referida al ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte del Tribunal Constitucional Peruano para la garantía de los derechos sociales fundamentales en el Estado social de Derecho peruano.

La primera parte de esta tesis está constituida, a su vez, por tres capítulos.

En el primer capítulo, se analizará la configuración del Estado Peruano como Estado social y Democrático de Derecho según la Constitución Política de 1993. En primer lugar, se redefinirá el concepto de “Estado social de

Derecho”, donde se buscará una redefinición del concepto cambiando el elemento asistencialista con el que surgió y que se mantiene hasta hoy por el elemento desarrollista, donde el Estado Social tiene como finalidad la de crear personas capaces de autosatisfacer sus necesidades, dándole las herramientas para poder superar sus carencias primarias producto de la genética social. Luego de analizar el desarrollo histórico-evolutivo del concepto de Estado social y democrático de Derecho así como su significación actual, analizaré el modelo de Estado social de Derecho diseñado por la Constitución Peruana de 1993, a través de las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano.

En el segundo capítulo, nos adentraremos en el estudio de la configuración jurídico- constitucional de los derechos sociales en la Constitución Política Peruana de 1993. En primer lugar, se analizará del concepto de “derecho social” con la finalidad de determinar sus rasgos conceptuales, sus antecedentes, sus fundamentos materiales así como su estructura normativa. En vista a las diversas posturas en torno a la construcción de este concepto, consideramos necesario analizarlo minuciosamente para poder así adoptar los elementos para una conceptualización propia a los fines de nuestra investigación. Consecuentemente, en este capítulo se adoptará una postura propia sobre el concepto de derechos sociales que se manejará a lo largo de la investigación, con el único objetivo de la comprobación de nuestra hipótesis. En segundo lugar, se procederá a contextualizar el concepto en la realidad de la Constitución Peruana de 1993. Esto con la finalidad de entender que es lo que se entiende por “derechos sociales” en el constitucionalismo social peruano. Al respecto, es importante señalar además que aquí se utilizará indistintamente el concepto de “Derechos sociales fundamentales” y “Derechos sociales constitucionales”. Esto en razón a que el primer concepto es utilizado por la teoría jurídica-constitucional para referirse a los derechos sociales positivizados a nivel constitucional, mientras que el segundo concepto es el *nomen iuris* que la doctrina constitucional peruana ha otorgado a los derechos sociales

positivizados en la Constitución Peruana de 1993. Aunque, evidentemente, no exista diferencia entre ambos conceptos, es el último el que ha utilizado el Tribunal Constitucional Peruano para referirse a estos derechos.

En el tercer capítulo, el análisis está referido a la interrelación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno peruano en materia de derechos sociales. Aquí partiremos de la premisa de que el Estado Peruano, al ratificar un Tratado internacional en materia de derechos sociales (o derechos económicos, sociales y culturales según su nomenclatura en el Derecho Internacional), no solo los está reconociendo a nivel interno como verdaderos derechos, sino que se está obligando internacionalmente a respetarlos, protegerlos y garantizarlos. Esto le genera una doble obligación interna e internacional, al aplicar el bloque de constitucionalidad-convencionalidad. Por ello, en este capítulo, se analizará cómo se aplican las normas internacionales en materia de derechos sociales en el derecho interno peruano. En primer lugar, identificaremos las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Peruano en los tratados internacionales en materia de derechos sociales en el Sistema Internacional e interamericano de Protección de Derechos Humanos. Finalmente, nos detendremos en la aplicación de las normas jurídicas internacionales y la jurisprudencia internacional sobre derechos sociales por parte de la jurisdicción constitucional peruana.

La segunda parte de esta tesis está constituida por dos capítulos y es en el último capítulo donde- finalmente- se comprueba la hipótesis.

En el cuarto capítulo se analizará el rol del Tribunal Constitucional Peruano como garante de los Derechos sociales fundamentales en el Constitucionalismo social peruano. Este análisis se desarrollará desde un enfoque jurídico-institucional. Para poder analizar los mecanismos a través de los cuales se ha procedido a la justiciabilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo social peruano, es fundamental entender el funcionamiento de la jurisdicción constitucional en el Perú así como el rol del

Tribunal Constitucional Peruano en este panorama; su marco competencial, la constitución del cuerpo magisterial así como la naturaleza y los alcances de sus decisiones. Esta necesidad se hace más evidente al tener la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales como unidad de análisis de la presente investigación.

Finalmente, en el quinto capítulo se analizará y sistematizará los mecanismos de justiciabilidad directa e indirecta de los derechos sociales constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en el periodo comprendido entre los años 2002-2008. Aquí, nos centraremos en la comprobación de la hipótesis de la cual ha partido nuestra investigación. En primer lugar, analicemos el panorama actual de la justiciabilidad de los derechos sociales en la teoría constitucional contemporánea. Para ello, definiremos y diferenciaremos los conceptos de “exigibilidad judicial” y “justiciabilidad” de los derechos sociales. En segundo lugar, haremos referencia a la exigibilidad judicial de los derechos sociales en el paradigma neoconstitucional. En tercer lugar, nos adentramos al estudio de las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales en el constitucionalismo peruano, por ser esta la piedra de toque en el cual confluyen los momentos de la exigibilidad y la justiciabilidad. Finalmente nos adentraremos al análisis de los mecanismos de justiciabilidad presentes en las sentencias del Tribunal Constitucional y en la comprobación de nuestra hipótesis.

Aquí no nos queda más que afirmar que la elección de este tema está inspirada en un secreto anhelo de justicia, pues aun cuando se trata de una tesis de pretensiones científicas, no se puede negar que en todo proceso de construcción de conocimiento científico, hay siempre una dosis- aún pequeña- de subjetividad⁷. La intensión perseguida aquí es la de desenmascarar las falsedades inmersas en el discurso que niega a los derechos sociales posibilidades de efectiva realización por cuestiones jurídicas cuando en realidad, el discurso sólo sirve para justificar la inacción

⁷ PRIGOGINE, Y. y STENGERS, Y., *La nueva alianza-La metamorfosis de la ciencia*, Alianza editorial, Madrid, 1994.

política. Si no se trabaja en torno a un cambio de paradigma en la ciencia del Derecho a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales, entonces nos encontramos ante una ciencia jurídica ineficaz e incapaz de responder ante los graves problemas sociales que le exigen su actuación.

Aquí nos quedaremos con la reflexión de Alejandro Nieto, en *La Balada de la Justicia y de la Ley*: “Los políticos están convencidos de que con sus flamantes leyes todo ha de ir bien; los jueces creen que al firmar las sentencias hacen justicia; los abogados aseguran que con sus artimañas no hay pleito perdido ni delincuente condenado; y los profesores, en fin, pretenden que con sus juegos dogmáticos y un puñado de citas de autoridad el progreso jurídico está garantizado. Poco importa, en cambio, la opinión del "justiciable" como ahora se dice (del "ajusticiado", que sería más propio) que, por otra parte, sólo puede expresarse en lamentaciones privadas y gritos públicos en alguna manifestación callejera (...) Mi propósito concreto es demostrar que no se hace justicia real habida cuenta de que las leyes son técnicamente deficientes, el ordenamiento jurídico incoherente y el sistema institucional incapaz de dominar una situación que se le ha desbordado en todas direcciones⁸”.

Consideramos que en el tema de los derechos sociales, la ciencia jurídica aún tiene mucho por hacer.

Diana Rocío Espino Tapia

⁸ NIETO, A., *La balada de la justicia y de la ley*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, p.11.

PRIMERA PARTE

DELIMITACIÓN DEL MARCO JURÍDICO- CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO PERUANO

CAPITULO PRIMERO

LA CONFIGURACIÓN DEL ESTADO PERUANO COMO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1.1 Introducción al capítulo

En este primer capítulo se redefinirá el concepto de “Estado social de Derecho”, donde se analizarán las diferentes definiciones que ha tenido en su desarrollo jurídico-normativo. La idea central es redefinir el concepto cambiando el elemento asistencialista con el que surgió y que se mantiene hasta hoy por el elemento desarrollista, donde el Estado Social tiene como finalidad la de crear personas capaces de autosatisfacer sus necesidades, dándole las herramientas para poder superar sus carencias primarias producto de la genética social.

La idea de un “Estado social desarrollista” no es nueva. Ya viene siendo analizada por un naciente sector doctrinal que intenta retomar el verdadero sentido jurídico- político del concepto, el cual había sido considerado casi un sinónimo del concepto político-económico de “Estado de bienestar”. Esta confusión ha llevado a un importante sector doctrinal a defender la idea de que el Estado Social de Derecho está en crisis por haber fracasado el Estado asistencialista y haber puesto en jaque a Europa con la reciente crisis

económica que inició en el año 2007 y que se agudizó en el 2012. Como se demostrará en el transcurso del capítulo, considero que el Estado Social de Derecho no está en crisis, sólo que debe reestructurarse el concepto para adaptarse a las nuevas exigencias de las sociedades actuales.

Luego de analizar el desarrollo histórico-evolutivo del concepto de Estado social y democrático de Derecho así como su significado actual, analizaré el modelo de Estado social de Derecho diseñado por la Constitución Peruana de 1993, a través de las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. Este análisis está centrado básicamente en verificar los elementos del Estado Social de Derecho aquí analizado en el constitucionalismo peruano.

1.2 El Estado Social y el Estado de Bienestar: Revisión de una histórica confusión conceptual

La doctrina jurídico-política dominante suele usar indistintamente los conceptos de Estado Social y Estado de Bienestar al referirse al modelo de Estado que procura el bienestar general de los ciudadanos a garantizarles las condiciones vitales mínimas para su desarrollo en sociedad. Pese a que esta indistinción terminológica existe desde el origen del surgimiento de ambos conceptos- evidentemente en la Constitución de Weimar en 1919- no suscribimos la idea de que al referirnos al Estado social nos referimos a un tipo de Estado de Bienestar ni viceversa, como insistentemente han venido señalando ciertos sectores de la referida doctrina jurídico- política⁹.

⁹ Entre los autores que utilizan los conceptos como sinónimos tenemos por ejemplo a FERRAJOLI, quien en “Estado social y Estado de Derecho” afirma, al referirse a la crisis del *welfare State* :[...] El *welfare state* no desarrolla a su vez una normatividad específica propia. No elabora una teoría del derecho del Estado social ni mucho menos una teoría política del Estado social de derecho. No produce una estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado.” (FERRAJOLI, L., “Estado Social y Estado de Derecho” en ABRAMOVICH, V., Y J.M. AÑÓN (comp.), *Derechos sociales: Instrucciones de uso*, México, Ed.

Tampoco suscribimos la idea que sostiene que la crisis del modelo político-económico del Estado de Bienestar signifique el declive del modelo jurídico-político de Estado Social. Sostenemos en esta investigación que si bien el Estado de Bienestar ha fracasado y ha demostrado la imposibilidad del modelo en el mundo neocapitalista contemporáneo, el Estado social ha subsistido y aún persiste como el mejor modelo político- jurídico para garantizar una sociedad más democrática y compensatoria. Sin embargo, sostenemos también que el Estado Social requiere una reformulación de sus fines y, sobre todo, su adaptación a la nueva “cuestión social”.

1.2.1 *El Estado social como modelo político- jurídico*

No se puede pretender analizar el fenómeno del Estado social sin entenderlo como un producto del Estado moderno que surge en Europa entre los siglos XVI y XVIII. Tampoco se puede pretender desarrollar este análisis fuera de las coordenadas del pensamiento de la modernidad europea donde se discute “en torno a la dialéctica entre la razón de Estado y la razón utópica, la Sociedad y el Estado, el Poder y la Justicia y la Moral y el Derecho”¹⁰.

Desde el inicio de la discusión respecto al binomio Estado-sociedad, se observó que la existencia del derecho “natural” a la propiedad tiene como

Fontamara, 1^oed. 2003, p.12.) En la doctrina española, tenemos el ejemplo de Gerardo PISARELLO quien señala que el modelo de Estado que diseña el constitucionalismo de Weimar es un modelo de Estado social(cuando fue claramente un Estado de bienestar mal llamado “social”) el cual fracasó a la hora de proyectar el contenido garantista de un Estado liberal todavía débil en un Estado social (socialista) y democrático de derecho que se convierte en la antesala de un Estado totalitario. (PISARELLO, G., “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales”, en *Isonomía*, n^o15, México, Octubre 2001, p.83.) También podemos mencionar a GARCIA PELAYO quien afirma que la variedad de denominaciones que recibe el Estado social (entre los que también está Estado de Bienestar y Estado de asociaciones), revelan el carácter complejo y aún indeterminado del Estado contemporáneo, optando este por la denominación de "Estado social" refiriéndose a lo que también llama Estado democrático neocapitalista. (GARCIA PELAYO, M., *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 113 y 114.)

¹⁰ SOTELO, I., *El Estado social: Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Ed. Trotta, 2010, pp.15-44.

consecuencia inevitable la desigualdad social. En *Dos ensayos sobre el gobierno civil (1689)*, John LOCKE fundamenta el liberalismo político basado en la defensa acérrima de la libertad y la propiedad privada como derecho natural y previo a la constitución del Estado¹¹. En su discurso, el Estado sólo existe para proteger la libertad y la propiedad individual. La inevitable consecuencia de las ideas defendidas por el liberalismo político- contractual de la primera modernidad es expuesta, años después, en el pensamiento político de Jean-Jaques ROUSSEAU¹² en su obra *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres (1755)*. En esta obra, Rousseau afirma que el factor que propicia la aparición de la desigualdad social es la propiedad privada, la cual asienta a aquella definitivamente.

A partir de la discusión respecto de la interrelación entre Estado y sociedad surgen las dos cuestiones axiales en torno a las que, posteriormente, se desarrollará el debate sobre el Estado social: la propiedad y la desigualdad social. Afirma SOTELO que la propiedad se vincula al proceso de desigualdad social cuando “la división del trabajo y la invención del dinero generan que la propiedad se acumule en pocas manos, dejando necesitados de apoyo y protección a la mayor parte de la gente”¹³.

La contradicción entre el liberalismo político-económico y la realidad social en la que vivían los excluidos del sistema económico imperante fue objeto de estudio de la nascente Ciencia Política la cual trató de encontrar fórmulas para contrarrestar esta incongruencia, dentro de la nascente doctrina del Estado de Derecho, que con KANT había tenido sus orígenes¹⁴.

¹¹ LOCKE, J; *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, ed. Joaquín Abellán, trad. Francisco Giménez Gracia, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.

¹² ROUSSEAU, J.J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Valencia, ed. Tilde, 1998.

¹³ SOTELO, I; *El Estado social...*, op.cit, p.70-71

¹⁴ El profesor de Könnisberg retomó el modelo ideal de democracia roussoniana y le añadió el elemento republicano; que es realmente a lo que hoy nosotros llamamos “democracia”. La democracia roussoniana basa la convivencia política en la ética, lo que Kant instala en el Derecho, en el ámbito de la legalidad. Toma como punto de partida la libertad, constitutiva de la moral y del derecho, pero mantiene la separación entre ambos. En la concepción “republicana” de democracia, rechazando el modelo ideal democrático de ROUSSEAU, KANT propone por primera vez la concepción de “Estado

A pesar de estar inspirados en la misma fuente, la idea roussoniana de que la libertad inspira lo humano, lo que a KANT llevó a construir un concepto de democracia como republicana y la idea del “Estado de Derecho”, a HEGEL llevó a pensar el Estado social en sus rasgos elementales, al diferenciar la libertad formal de la libertad realizada, donde señala que el Derecho es el “reino de la libertad realizada”. HEGEL retoma la clásica vinculación de la Política y la Ética y refuerza la tradición de la modernidad de vincular el Estado y el Derecho en su obra *Principios de la Filosofía del Derecho, Derecho natural y Ciencia política* de 1821¹⁵.

Vale la pena detenerse en el pensamiento hegeliano del *Sittlichkeit* para entender las directrices que HEGEL desarrolla y que posteriormente influirán en la construcción del Estado Social. Es importante empezar señalando que la libertad para HEGEL es una entidad objetiva que se realiza en un mundo social concreto. En este sentido, la libertad es producto de una sociedad con un determinado grado de desarrollo socio-económico, y jurídicamente estructurada donde las relaciones interpersonales están formalizadas. Frente a esa libertad formal de todos los ciudadanos desposeídos del poder originario, y sometidos a las leyes que dicte el poder político- la igualdad ante la ley propiamente dicha- HEGEL introduce su revolucionaria concepción de libertad realizada, aquella que no depende del derecho abstracto, sino de la posibilidad real de conseguirlo¹⁶.

De ahí que con el concepto de libertad realizada, el cual HEGEL desarrolla dentro de su concepción del Derecho, surge la idea con la cual posteriormente se desarrollara la noción del Estado Social. Y respecto a este punto cabe aclarar algo. Afirmamos que HEGEL diseña los primeros lineamientos del Estado social y no del Estado de bienestar, ni del

de Derecho” como componente elemental de la democracia, a través de la juridificación de la política. (KANT, E., *Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid, 1986; *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1989; *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, Ariel, 1993)

¹⁵ HEGEL, G.W.F; *Principios de la filosofía del derecho, derecho natural y ciencia política*, trad. Juan Luis Yermal, Ed, Sudamericana, Buenos Aires, 1975.

¹⁶ *Ídem*, p. 75.

comunismo, a pesar de la enorme influencia que tuvo posteriormente en la izquierda revolucionaria. Y esto por una sencilla razón: que en el pensamiento hegeliano no cabía la posibilidad de eliminar la propiedad privada, sino que se integraba la libertad realizada en el ámbito del Estado como *Sittlichkeit* (nueva fusión de política con la ética), que viene a ser para HEGEL la integración plena del individuo en la comunidad, reconciliando la moral individual (autonomía) con la moral colectiva (bien común), en un gran proyecto político común. En definitiva, el individualismo se puede reconciliar con un proyecto común sin anular el capitalismo, para lo cual es crucial el intervencionismo del Estado a fin de proteger a las clases vulnerables que se encuentran fuera de la sociedad burguesa y el sistema capitalista impuesto, lo que constituye el fundamento del Estado social.

Posteriormente, con la aparición de la idea del Estado- nación, derivado de la idea hegeliana de “comunidad”, se dan las condiciones que permiten- años después- el surgimiento del Estado social. Si bien es cierto que el Estado liberal es el terreno sobre el cual se cimienta el Estado social, es el Estado nacional el que le da los elementos sin los cuales no podría pensarse su posibilidad: la cohesión social y la superación del individualismo en la idea de una entidad superior, la nación¹⁷. En la idea de “nación” se superan los individualismos y se empieza a hablar de un “proyecto común” que integra a todos, tanto a los capitalistas como a las clases obreras, en un proyecto con el que todos se sienten identificados¹⁸. Cuando surge la nación y su función integradora, en el seno del concepto de Estado, se reestructuran las coordenadas desde la que se concibe¹⁹. Respecto a ello, sostiene SOTELO que el Estado nación es el último estadio de un proceso de evolución de la

¹⁷ Sobre esta idea, sostiene Isaiah BERLIN: “La nación se construye dogmáticamente, no solo mediante la independencia y el Estado propio, sino con todo rigor e intransigencia bajo el imperativo categórico del “valor supremo de lo propio.” (BERLIN, I., “Le nationalisme: Dédains d’hier, puissance d’aujourd’hui” en BERLIN, I., *À contre-courant. Essais sur l’histoire des idées*, ed. Albin Michel, Paris, 1988, p.355.)

¹⁸ HOBBSAWM, E., *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Barcelona, Ed. Crítica, 2000, p.17

¹⁹ “En la Primera Guerra Mundial, la conexión del Estado nacional con el Estado social muestra a las claras que los trabajadores también tenían patria, que como elemento de cohesión llegó a prevalecer incluso sobre la clase.” (SOTELO, I., *El Estado social...*, op.cit.p.294.)

noción de Estado social que se fue configurando desde la idea de Estado liberal, democrático y de Derecho y que también fue afectado por el cameralismo²⁰.

En este proceso, el Estado-nación origina un alto grado de cohesión interna el cual se constituye como uno de los factores determinantes para el desarrollo del Estado social, tan determinante, hasta el punto que se ha considerado como uno de sus componentes principales²¹. El Estado social se entiende, es este sentido, como producto totalizador de una reflexión en torno a la interrelación de las ideas fundamentales de cada nivel del desarrollo de la noción propia de Estado. Este producto constituye los fundamentos jurídico-políticos en torno a los cuales se discute su posibilidad como un modelo de Estado, una vez comprobados los fundamentos fácticos que coadyuvaron a su creación.

Con la triple revolución científica-tecnológica, política y económica de mediados del siglo XIX se verifica que el sistema económico-capitalista que refuerza el sistema político- liberal genera pauperismo en las clases que no se benefician del capitalismo y se empieza a discutir, desde la izquierda, el papel que debería adoptar el Estado para resolver la “cuestión social”²². Y es esta discusión la que determina el futuro del Estado social, distanciándolo del comunismo y posteriormente, también del Estado de bienestar.

²⁰ Las ciencias camerales (S XVIII-XIX) tienen el mérito de haber vinculado por primera vez, el saber económico al político y el saber político con el administrativo, de modo que estas ciencias son las primeras que entroncan la teoría del Estado con la ciencia de la administración y con la economía, después que el liberalismo económico se había encargado de separarlas, aislando la economía de las demás disciplinas. (SÁNCHEZ GONZÁLES, J.J., “La construcción histórica de la administración pública” en *La administración pública como ciencia: su objeto y su estudio*, México, Plaza y Valdéz, 2001, 313 p.)

²¹ RAMOS OLIVEIRA, A., *Historia social y política de Alemania*, México, FCE, Vol. I, 1964.

²² La “cuestión social” es el problema de la relación “equitativa” de las clases y los estamentos entre sí y con relación a los poderes públicos”. (HEYDE, L., *Compendio de política social*, trad. Luengo Tapia, Barcelona, Labor, 1931.) También Adolfo POSADA sostenía que esta era una “cuestión moral” que exige la invocación de la potencialidad del proletariado, a reclamar una más seria protección legal para los intereses supremos de la vida, del alimento, del honor, de la salud..., en suma de muchas de las condiciones universales de la personalidad.” (POSADA, A., “El derecho y la cuestión social”, Estudio preliminar a Menger, *El derecho civil y los pobres*, Comares, Granada, 1998.)

Teniendo como inspiración el socialismo francés del siglo XVIII²³, la izquierda alemana se bifurca en dos corrientes de pensamiento decisivas en la ulterior construcción por un lado, del comunismo y por el otro, del Estado social. Desde la perspectiva de la izquierda radical, cuya principal figura es Karl MARX, la verdadera democracia sólo será aquella en la que se haya superado la división social del trabajo²⁴. Acabar con el antagonismo de clases supone un nuevo modelo de producción que permita la supresión del Estado, el cual, según MARX, es el instrumento de dominación de la clase dominante. Por lo tanto, para lograr una democracia social, hay que cambiar el sistema socio-económico de producción y suprimir el Estado, pues este último es indispensable para la reproducción de la sociedad burguesa, por lo cual, es incompatible con la democracia. En esta lógica, afirma que la verdadera democracia sólo podrá darse en el comunismo.²⁵

Por otro lado, desde un socialismo moderado, Lorenz VON STEIN²⁶ se convierte en el primer teórico del Estado social. Al contrario de MARX, VON STEIN construye su teoría socialista tomando como punto de partida el Estado, el cual para MARX debía desaparecer. Partiendo desde la idea hegeliana de la personalidad libre, VON STEIN considera que el trabajo no debe considerarse una simple mercancía manejada por el mercado, sino una actividad decentemente compensada por su finalidad última, forjar la personalidad del individuo. Por esta razón, considera que el Estado debe tomar un rol activo y encargarse de la organización del trabajo, de forma que

²³ Entre los que destacan los socialistas utópicos franceses Henri de SAINT-SIMON, Louis BLANC y Charles FOURIER. “El utopismo social generó un tipo de democracia social, radicada primeramente en Francia, caracterizada por desarrollar un modelo propio y corporativo de “auto organización de la sociedad”. Este modelo, inicialmente ajeno a la deriva estatista de la política social europea, anunció una tendencia hacia la reforma en clave “técnica” de los medios asociativos, representativos y participativos de la reforma política europea.” (FERNANDEZ RIQUELME, S., “Sobre los orígenes de la Democracia social: Henri de Saint- Simon y Louis Blanc. Corporativismo y política social en el siglo XIX”, en *Anales de Historia contemporánea*, Universidad de Murcia, Vol.25, Febrero 2009, p.391.)

²⁴ MARX, K., *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*, Trad. Por Angel Prior, Biblioteca nueva, 2002.

²⁵ MARX, K., *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, ed. Siglo XXI, España, 1980.

²⁶ VON STEIN, L., “The History of the Social Movement in France.1789-1850” ; Trad. Kaethe Mengelberg, *The American Journal of Sociology*, Vol. 71, No. 6, 1966, pp. 746-747.

garantice al trabajador un nivel de vida adecuado que le permita el libre desarrollo de su personalidad. En este sentido, es función propia del Estado arbitrar en la relación capital-trabajo, sin suprimirlos ni alterar sus fundamentos, pues ambos son indispensables para el proceso productivo²⁷.

La teoría política-social de VON STEIN parte de un supuesto previo, la idea de reconciliar la contradicción de clases sin alterar el orden previo existente, idea que adopta del socialista francés Louis BLANC²⁸. Consecuentemente, la teoría del Estado social que desarrolla VON STEIN parte de un socialismo moderado entendido como una síntesis de la revolución política- liberal y la revolución industrial británica, a la cual le añade la idea de la personalidad libre.

La propuesta política de VON STEIN consiste en colocar al Estado, el único contra-poder capaz de frenar el poder económico del capital, al servicio de la paz social. Esto conlleva al Estado a ejercer un rol de “árbitro” en las relaciones capital-trabajo, equilibrando ambas fuerzas laborales. Sostiene que si bien el “Estado social” debe promover la igualdad jurídica y política así como un equilibrio de clases, su finalidad no debe ser la igualdad social, pues esto llevaría en su seno el fin de las libertades individuales. Señala como una nueva obligación del Estado llevar a cabo las reformas sociales necesarias, que concreten intereses tanto del proletariado- a fin de mejorar sus condiciones de vida- como de los intereses de la clase burguesa, ya que la única forma en que sistema político-económico capitalista pueda subsistir es convirtiéndose en un “Estado social”²⁹.

También desde el liberalismo político-económico se defendió la idea de la necesidad de reformas sociales para llevar a cabo el cambio social. Desde este frente, Jeremías BENTHAM defiende que un gobierno representativo

²⁷ SINGELMANN, J. ,y SINGELMANN, P., “Lorenz von Stein and the paradigmatic bifurcation of social theory in the nineteenth century” en *The British Journal of Sociology*, vol. 34, no. 3, 1986.

²⁸ BLANC, L., *L'organization du travail*, Bureau de la Société de l'Industrie Fraternelle, París, 1847, 5ª edición.

²⁹ GURVITCH, G., “La dialéctica de la idea del derecho social en Lorenz von Stein” En *La idea del derecho social*, Granada, Ed.Comares, 2005, pp. 575-590

justo sólo se consigue cuando el interés personal de los que gobiernan coincide con el interés general, gobernando por el bien común. En este sentido, el gobierno representativo de la mayoría- con sus sistemas de control- eliminaría el peligro que los gobernantes se dejaran llevar por el interés particular y reduciría, en principio, los abusos de autoridad. Al Estado así entendido, BENTHAM le asigna cuatro fines: 1) ocuparse de la sobrevivencia de los más necesitados 2) procurar el bienestar de la mayoría 3) procurar la seguridad de todos y 4) aspirar a la igualdad. Aunque no menciona al Estado social en su discurso, es claro que menciona los fines que lo orientan³⁰.

Por consiguiente, tomando en cuenta su fondo ideológico, en el origen del Estado social no existe un afán revolucionario, sino uno reformador, el cual partiendo de las mismas bases socio-económicas capitalistas, busca integrar en la actividad del Estado las exigencias de la “cuestión social”. Con el tiempo, y las muchas revueltas sociales en varias ciudades europeas donde el socialismo había sido adoptado como doctrina de las comunidades obreras, las clases políticas dominantes observaron que era “una cuestión de supervivencia” reformar el Estado e incluir en él las demandas sociales, si se quería evitar el triunfo de las ideas revolucionarias de la izquierda radical, que propugnaban un Estado comunista³¹. Esto significaba importantes reformas sociales con un solo fin: integrar a la clase obrera en el orden socioeconómico existente. A decir de MONEREO: “El objetivo era entonces,

³⁰ BENTHAM, J., *Fragmento sobre el gobierno*, Aguilar, Madrid, 1973, p.1. Citado por SOTELO, I., *El Estado Social...*, op. cit., p.156. PENDAS sostiene que existen dos corrientes interpretativas de su pensamiento. Por un lado, es considerado un liberal pues su teoría trata sobre la acción humana, racional y libre, desarrollada en el marco del Derecho. Su liberalismo sería individualista, en tanto parte de un individuo separado de los demás, capaz de utilizar su razón para encauzar sus acciones a partir de su voluntad. Por otro lado, también es considerado como un colectivista, defensor del Estado intervencionista o de Bienestar. Aquí se recuerda como Bentham y sus discípulos defendieron la racionalización y crecimiento de la administración del Estado como condición básica para asegurar el bienestar material de la mayoría. (PENDAS, B., *Jeremías Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Social*, Madrid, CEC, 1988, P.72)

³¹ MONEREO PÉREZ, J.L., *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, Cap. 1 “Los fundamentos doctrinales del Derecho social: La contribución del socialismo jurídico.”

democratizar el Estado, entendiéndose la democracia como un ideal a alcanzar, distinta a la noción de “democracia social” que defendía la izquierda radical, para la cual era necesaria la supresión del Estado”³².

En Alemania, cuna del Estado social, el movimiento obrero se bifurcó en dos: 1) la socialdemocracia marxista, con su defensa acérrima de la democracia social y 2) el socialismo reformador, inspirado en el pensamiento del VON STEIN y Ferdinand LASALLE. Al buscar fórmulas para compatibilizar la idea de democracia con el capitalismo, que en principio partían de supuestos contrapuestos³³, el socialismo reformador propugnó una nueva política de “integración y progreso”, donde a la clase obrera se le reconocieran facultades para participar en la actividad política del Estado empezando por el reconocimiento de los derechos políticos y en especial, del sufragio universal³⁴. Por otro lado, los capitalistas tenían que aceptar las demandas de la clase obrera, pues sólo aceptándola subsistiría el sistema político-económico imperante. Al incorporar a la clase obrera en el ejercicio político-económico estatal, se logra compatibilizar democracia y capitalismo, conceptos que están en la esencia del modelo del Estado social³⁵.

Por ello, aquí sostenemos que el Estado social surge con un afán de integración y reforma, donde se integren a las clases trabajadoras en el orden socio-económico existente permitiendo su participación en la actividad económica y política del Estado. Supone un estadio evolutivo superior respecto del Estado liberal al cual- sin desaparecer sus presupuestos- le proporciona contenidos materiales con el fin de erradicar las revueltas sociales que podrían desencadenar en la imposición de un Estado comunista, con el avance de la izquierda radical marxista. Desde esta perspectiva, significó más que nada un cambio absolutamente necesario

³² MONEREO PÉREZ, J.L., *Ídem*.

³³ Esto lo desarrolla JOHN STUART MILLS en su clásico ensayo “Gobierno representativo”, donde reconoce que el sistema económico capitalista es, en esencia, contrario a la democracia. (STUART MILLS, J., *Sobre la libertad*, Traducción de Pablo de Azcárate, Madrid, Biblioteca Alianza Editorial 30 aniversario, 2004, p. 86.)

³⁴ HEYM, S., *Lasalle*, Londres, Bei Goldman press, 1998.

³⁵ SOTELO, I., *El Estado social...*, op.cit., p. 131-135.

para preservar el orden social imperante el cual corría serio peligro, integrando reformas sociales importantes sin alterar los presupuestos ni del capitalismo ni del Estado liberal³⁶.

Señala la historia que el “Estado social” tiene como fecha de inicio la legislación social impulsada por Kanzler Otto VON BISMARCK en 1881, producto de la llamada política del “palo y la zanahoria”³⁷, con la cual el emperador Guillermo I de Alemania anunció al Parlamento el proyecto de un “Estado social”. Esta política consistía en, por un lado, frenar la expansión de las ideas socialistas, ilegalizando el Partido Obrero (el palo) pero a la vez, propone una amplia política social, donde se desarrolla por primera vez, la seguridad social (la zanahoria)³⁸. Este primer Estado social entonces resulta de una síntesis entre la intención de mantener el sistema político y económico tradicional y la “cuestión social”, la cual se manifestaba en las exigencias del Partido Obrero y las cuales LASALLE logra transmitir a BISMARCK, en una serie de entrevistas que tuvo el Ministro prusiano con el líder obrero.³⁹ Es por este motivo que SOTELO considera que el Estado social es -al final de cuentas- “una invención conservadora de un capitalismo que había conseguido ya una alta oligopolización de la economía”.⁴⁰

El siguiente episodio trascendental en la construcción del Estado social se da con posterioridad a la Primera Guerra Mundial. Señalamos antes que el Estado social surge por primera vez en Alemania, con la legislación social de BISMARCK. Sin embargo, BISMARCK jamás la denominó así, sino que

³⁶ *Ídem*, p. 140

³⁷ También llamadas “reformas del cristianismo aplicado”.

³⁸ En 1883 se establece el seguro de enfermedad obligatorio para los obreros, en 1884, el seguro de accidentes en el trabajo, en 1889, el seguro de invalidez y en 1891 el de vejez al cumplir setenta años.

³⁹ GERWARTH, R., *The Bismarck Myth. Weimar Germany and the Legacy of the Iron Chancellor*, Clarendon Press, Oxford, 2005, p.56.

⁴⁰ SOTELO, I., *El Estado social...*, op.cit., p.174.

desarrolló los presupuestos básicos del Estado social en su política de Estado⁴¹.

La denominación de “Estado social de Derecho” la utilizó, 25 años y una guerra mundial después y por primera vez, la Constitución de la naciente República de Weimar, en 1919. Sin embargo, lo que los constituyentes de Weimar diseñan no es sólo un Estado social, sino que van más allá e instauran las bases del Estado de Bienestar. Verbigracia, en su Preámbulo proclama como objetivo principal de Estado la libertad de todos los ciudadanos en un régimen socioeconómico “justo” que sirva a la paz interna y externa. También se enumeran los tres valores fundamentales: libertad, justicia y paz; valores que informan al actual constitucionalismo social. Pero, además, en el título V que trata sobre “la vida económica”, se asume- por primera vez- el principio de justicia social y se determinan los lineamientos generales de un nuevo modelo político-económico de Estado: el posteriormente denominado “Estado de Bienestar” que posteriormente retoma Inglaterra para diseñar un modelo perfeccionado, el *welfare state*.

De ahí que, si bien la doctrina mayoritaria considera que el Estado social surge en el constitucionalismo de Weimar, aquí consideramos que esta Constitución va más allá pues no sólo busca instaurar un nuevo modelo de Estado con aspiraciones sociales, sino que es evidente que en el título V, lo que trata es de alterar el orden socioeconómico, para crear uno compatible con la dignidad humana, instaurando un orden socio-económico “justo” basado en el trabajo como derecho y deber.⁴²

En suma, el Estado social surge con la política social de Bismarck, a pesar de no llamarla así. Años después los constituyentes de Weimar retoman la experiencia social de Bismarck al establecer los presupuestos del modelo de

⁴¹ Bismarck se refirió al proyecto como “socialismo de Estado”, llegando a manifestar: “Es posible que todas nuestras políticas se deshagan cuando yo muera, pero el socialismo de Estado perdurará.” (RICHTER, W., *Bismarck*, Putman’s sons, New York, 1965, p.275.)

⁴² El art. 151 de la Constitución de Weimar deja claro este viraje hacia un nuevo orden social: “El orden de la vida económica tiene que coincidir con los principios de la justicia, con el fin de que proporcione una existencia de acuerdo a la dignidad humana.”

Estado en la Constitución de 1919, al que denominan “Estado social de Derecho” al conciliar los principio constitutivos tanto del Estado social como del Estado liberal. Sin embargo, van más allá, y en el Título V de la Constitución establecen un modelo socio-económico basado en el principio de justicia social y que toma como referente al trabajo como derecho y deber, con lo que dictan los presupuestos del Estado de Bienestar.

Visto así, la diferencia central entre el Estado social y el Estado de Bienestar radica en que el Estado social parte de los presupuestos de orden capitalista, dejando al mercado desplegarse libremente para después, distribuir los beneficios producidos por el libre mercado entre la población, garantizando la participación de todos en igualdad de oportunidades respecto de las ganancias de la actividad económica. Por otro lado, el Estado de bienestar parte del supuesto de que el capitalismo así desplegado libremente crea un orden social injusto y contrario a la dignidad humana por lo cual el Estado debe intervenir desde la fase de producción, alterando el orden socio-económico existente y reconfigurándolo desde el principio de justicia social. Esto es evidente en la Constitución de Weimar, donde se adoptan una serie de medidas para la reconfiguración del orden socioeconómico en el título V de la Constitución.

Si analizamos la realidad de los Estados sociales actuales- por ejemplo los Estados latinoamericanos- podemos comprobar que en su mayoría, como es propiamente el caso peruano, se constituyen como Estados Sociales de Derecho. A pesar que cada Constitución tiene sus particularidades, en general, no se puede dudar que parten de los presupuestos fundamentales que hemos venido describiendo respecto a este modelo de Estado. Sin embargo, el constitucionalismo social latinoamericano ha tenido un desarrollo propio, aunque basado en la experiencia europea, lo que hace que tenga características particulares. Y esto se refleja en que en Latinoamérica se haya entendido, indistintamente, Estado social con Estado de Bienestar, confusión que hasta el día de hoy lleva a muchos a legitimar las reformas

político-económicos que alteran el actual modelo económico-social con objetivos propios del “Estado social de Derecho”. Y esto, sostenemos, que se debe no sólo a una incompreensión de los fundamentos jurídicos-políticos del Estado social sino que también se debe a una democracia demasiado joven, lejos de verse consolidada.

1.2.2 *El Estado de Bienestar como programa político-económico*

Si bien la Constitución de Weimar de 1919 diseñó los presupuestos del Estado de Bienestar, fue Inglaterra la que lo adoptó y lo llevó a cabo como programa político-económico, al que llamó *Welfare State*, constituyéndose en el modelo de Estado de Bienestar por excelencia que guió a Europa en los años 60 y 70 del siglo XX. Señala SOTELO que aunque el Estado de Bienestar se distinga por rasgos propios, lo cierto es que en el fondo es tan sólo un desarrollo ulterior del Estado Social que bien puede subsumirse en un sentido lato de este concepto. Sin embargo, señala que el Estado social que toma cuerpo en los años ochenta del siglo XIX en Alemania y el Estado de Bienestar que en algunos pocos países del norte y centro de Europa surge en la primera mitad del siglo XX, son conceptos distintos y esto permite subrayar que el debilitamiento, mengua y ulterior desaparición del Estado de Bienestar no arrastra consigo al Estado Social.⁴³

El Estado de Bienestar se desplegó en Europa durante casi 30 años los que se cuentan desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta mediados de la década de 1970, fecha de la primera crisis del petróleo⁴⁴. Como lo

⁴³ SOTELO, I., *El Estado social...*, *op.cit.*, p. 231.

⁴⁴ Sobre su fecha de término, hay relativo acuerdo en la doctrina. Sobre esto señala UROZ: “El Estado de Bienestar no pudo dar respuesta a la crisis de oferta generada por la crisis del petróleo de 1973. Desde entonces las diferentes crisis económicas que ha sufrido el modelo de economía capitalista han puesto de manifiesto que este modelo tenía unos límites económicos y políticos que le han llevado a ser rechazado por algunos o cuando menos ser cuestionado por otros, provocando una crisis de legitimidad del sistema”. (UROZ, J., “La llamada crisis del modelo del Estado de Bienestar:

explicamos anteriormente, es una invención de la socialdemocracia cuyos lineamientos aparecen por primera vez en la Constitución de Weimar aunque no tuvo la oportunidad de desarrollarlo, por lo que no pasó de ser una Constitución con normas programáticas sin efectos vinculantes. En principio, el concepto de “Estado de Bienestar” lo emplea despreciativamente la derecha de la República de Weimar, para desprestigiar la Constitución de 1919 por considerar que imponía demasiadas cargas sociales sobre el Estado.⁴⁵ Luego, los ingleses retoman la idea original de Weimar y adoptan el concepto, dándole un sentido completamente distinto: *Welfare state*, que es aquel que procura, en todo momento, el bienestar de sus ciudadanos.

Con el *Welfare state*, los ingleses pretenden algo distinto al Estado Social heredado del socialismo de principios de siglo. El modelo político-económico inglés garantiza a todos los ciudadanos unos ingresos mínimos que les garanticen vivir con dignidad en todas las eventualidades que se presenten (enfermedad, invalidez, vejez o desempleo) participando activamente en la protección del ser humano, desde su nacimiento hasta la muerte⁴⁶. De hecho, el *welfare state*- que luego se expande por toda Europa- reconoce diferencias en las prestaciones, pero con un mínimo vital y esencial para todos, que encuentra su justificación en la dignidad humana⁴⁷.

Como resulta evidente, para llevar a cabo los fines de este modelo político económico de Estado, se requería de una economía bien organizada, con un sólido fundamento teórico que permitiera prever cualquier tipo de eventualidad y tener el control en caso de crisis. Así, fueron dos los pilares que contuvieron el *Welfare State*: El crecimiento económico continuado y el pleno empleo. El keynesianismo⁴⁸- doctrina económica en Inglaterra- sustentó la idea que el sistema de bienestar se mantendría incólume

Reestructuración y alternativas” en *Misceláneas. Revista de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid*, Vol.68, núm.132, 2010, p.301)

⁴⁵ MUÑOZ, R., *El Estado de Bienestar en el cambio de siglo*, Madrid, Alianza, 2010, p.26.

⁴⁶ GALBRAITH, K., *Historia de la economía*, México, Ed. Ariel, 1989.

⁴⁷ FURNISS, N. Y TILTON, T., *The case for the welfare state*, Indiana University Press, Bloomington/London, 1979, p. 14-21.

⁴⁸ BARRY, N., *Welfare. Milton Keynes*, Open University Press, 1990, pp.52 y ss.

sabiendo cómo manejar la economía en caso de recesión. Entonces, el *Welfare State* se edificó sobre una sociedad que “suponía tener los conocimientos económicos, políticos y sociales para mantener el pleno empleo”⁴⁹. Así, sus principales teóricos, KEYNES y BEVERIDGE, coincidieron en dar por superado el *laissez-faire*, afirmando que la única posibilidad del capitalismo para subsistir como sistema se daría si el Estado interviniese en el proceso de producción y de distribución de la riqueza. En este sentido, como bien afirma SOTELO, así diseñado el *welfare state*: “Lejos de poner en peligro el orden democrático, el intervencionismo estatal avala la permanencia del empleo y del Estado de Bienestar, reforzándose mutuamente Estado de Bienestar y democracia”.⁵⁰

A finales de los 70, cuando la economía inglesa entra en crisis y experimenta lo que el keynesianismo veía imposible, el Estado de Bienestar colapsa. Se comprueba que las políticas económicas keynesianas, además de ralentizar el crecimiento, aportaban a la inflación y con ella generaban más desempleo⁵¹. Sin embargo, el colapso del Estado de Bienestar no sólo se debe a un error en los cálculos económicos keynesianos. En realidad, fueron muchas razones más las que llevaron al colapso del Estado de Bienestar como por ejemplo, el imparable proceso de globalización y el proceso europeísta que ponían en jaque las soberanías nacionales. En este contexto, el Estado de bienestar es fuertemente cuestionado tanto desde la izquierda, que lo denuncia como un ardid para salvaguardar los intereses del capitalismo, como desde la derecha, que critica el fuerte intervencionismo estatal en desmedro del libre mercado⁵². Así surge, ante la caída del Estado de Bienestar, el neoliberalismo post-keynesiano de finales del siglo XX.

Observa SOTELO que cuando Thatcher gana las elecciones en 1979, el Estado de Bienestar ya se había desplomado. Entonces, el objeto de su

⁴⁹ SOTELO, I., *El Estado social...*, op.cit., p.268

⁵⁰ SOTELO, *El Estado social...*, op.cit. pp.269

⁵¹ Ídem, p.270.

⁵² ESPING-ANDERSEN, G., *The three worlds of welfare capitalism*, Cambridge, Cambridge Polity Press, 1990, p. 19.

nueva política económica fue llevar el libre mercado hasta sus últimas consecuencias, buscando recuperar la economía inglesa imponiendo un modelo económico ultra-liberal. Sin embargo, no desmontó el Estado Social el cual se mantuvo como alternativa al derrumbe del Estado de Bienestar. Por el contrario, durante su gestión, subieron los gastos sociales, centrándose en las políticas públicas para los menores en edad escolar y ancianos⁵³. El Estado de Bienestar, que había sido más una intención que una realidad, se acopló al modelo de Estado social neoliberal de tinte asistencialista y así persista aún en nuestros días.⁵⁴

1.3 El nacimiento y la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho en el constitucionalismo contemporáneo⁵⁵

La aparición del modelo de Estado social de Derecho significó, para el Constitucionalismo del siglo XX, un cambio de paradigma. Su desarrollo en el constitucionalismo no ha estado disociado de su desarrollo en la teoría política. Por el contrario, el constitucionalismo ha adoptado este modelo de Estado a partir de los rasgos que el devenir político le ha asignado. En este sentido, observamos que el constitucionalismo del siglo XX ha asumido dos connotaciones diametralmente opuestas del modelo de Estado social.

⁵³ FLORA, P. Y HEIDENHEIMER, L., *The development of welfare state in Europe and America*, London, Transaction Books, 1987, p.102

⁵⁴ Esto con excepción de los llamados “Estados de Bienestar” en los países nórdicos-europeos. A diferencia del modelo anglosajón y continental, el modelo nórdico se ha caracterizado por la reducción de la pobreza, protección contra riesgos del mercado de trabajo y una mayor eficiencia y equidad. El modelo social europeo se ha mantenido con importantes variables según cada sub-modelo. Sin embargo, sólo los nórdicos han mantenido en puridad lo que hemos descrito aquí como “Estado de Bienestar”. Sostiene SAPIR que los modelos sociales europeos que no son eficientes ni sostenibles deben ser reformados y estos constituyen 2/3 de la Unión Europea. (SAPIR, A., *Globalization and reform of European social models*, Bruselas, Bruegel, 2005, p. 21.)

⁵⁵ Esta parte es una adaptación para la tesis de un artículo publicado en el año 2010 por la autora. AGUILERA, R., Y ESPINO, D., “Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado Social” en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n°12, julio 2010, Madrid, Universidad Carlos III-Instituto Bartolomé de las Casas, 2010, pp. 49-71

En un primer momento, las primeras Constituciones Políticas de la posguerra asumen la connotación desarrollista del primer constitucionalismo social alemán de finales del XIX. Este fue el que posteriormente devino en el diseño del Estado de Bienestar, entendido como modelo de Estado Social desarrollista llevado a su máximas consecuencias. En un segundo momento, con el fracaso del Estado de Bienestar, el fin de la Guerra Fría y la asunción del neocapitalismo económico, el neoliberalismo político asume al Estado social de Derecho como modelo de integración político-económica, en respuesta al socialismo de Estado, buscando poner fin definitivamente a nuevas propuestas de “Estados de Bienestar”. La connotación de “Estado social” del neoliberalismo político-económico es uno de tipo asistencialista, donde se ubican las políticas públicas y los derechos sociales como “programas” para aminorar las desigualdades producto del capitalismo pero sobre todo para evitar el colapso social del sistema. Tener esto presente es importante para entender el desarrollo del constitucionalismo social en el siglo XX. Esta tensión de connotaciones en el seno del concepto jurídico-político de “Estado social de Derecho” ha estado presente- como veremos- en la configuración de este modelo de Estado en el constitucionalismo contemporáneo.

Con la ola de constitucionalización de los derechos sociales, se formaliza el Estado Social de Derecho. La constitucionalización del Estado social tiene sus primeras manifestaciones en la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y en la alemana de Weimar (1919); la primera porque integra por primera vez derechos sociales que constituye una de las más significativas manifestaciones del Estado social y la segunda, por haber incluido por primera vez la cláusula jurídica “Estado social de Derecho”. Sin embargo, es en las Constituciones de la segunda posguerra cuando la cláusula de

“Estado social” se hace explícita y cuando gana en consistencia y densidad jurídica.⁵⁶

Históricamente, el constitucionalismo social se justifica como un intento de remediar la desigualdad material de los ciudadanos, sometidos a las leyes del mercado global las cuales generan profundas desigualdades sociales⁵⁷. El efecto más importante del surgimiento del Estado Social sobre las formas institucionales del Estado capitalista avanzado ha sido la crisis del modelo liberal clásico del Estado de Derecho.⁵⁸ Este modelo liberal ha erosionado como consecuencia del cambio de paradigma respecto a las funciones propias del Estado. Con la aparición de la idea en torno a un “Estado de derecho social”, las obligaciones propias del Estado viran del abstencionismo (modelo liberal clásico) al intervencionismo (modelo social). En efecto, el Estado Social implica una actuar positivo por parte del Estado, donde este otorgue todas las garantías necesarias para que todas las clases sociales tengan las mismas oportunidades dentro del proceso económico.

Un importante sector de la doctrina defiende la idea que el Estado social está íntimamente vinculado a la idea de una democracia real y participativa, en el sentido que este modelo de Estado aspira a una justicia social como garantía de la libertad y participación del individuo en una sociedad democrática⁵⁹. En este sentido, es importante verificar que el estadio actual de evolución del concepto de Estado hace referencia a un Estado Social inmerso a su vez en

⁵⁶ FERNANDEZ-MIRANDA, A., “El Estado Social” EN: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, N° 69, Año 23, Sept. /Dic. 2003

⁵⁷ El Estado social de Derecho surge para paliar las desigualdades fácticas consecuencia del modelo socio-económico que impone el Estado liberal burgués. En este sentido, sostiene GUTIERREZ GUTIERREZ que desenmascarada la supuesta neutralidad del Estado liberal respecto de las relaciones sociales y económicas, el Estado Social interviene en ellas atendiendo a ciertos criterios de justicia material. Así mismo, merced de una política presupuestaria redistribuidora y a la dotación de servicios públicos universales, procura condiciones materiales que permitan a cada uno el disfrute efectivo de los derechos. (GUTIERREZ, I., “Globalización, Estado y Derechos Constitucional”, en *A Distancia*, Vol. 19 No. 2, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001/2002.)

⁵⁸ DOEHRING, K., “Estado social, Estado de Derecho” en *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

⁵⁹ Sobre este tema y el estado actual de la discusión, ver: MOUFFE, C., La política democrática hoy en día”, en BUENFIL, R., (coord.), *Debates políticos contemporáneos. En los márgenes de la modernidad*, México, Plaza y Valdés Ed., 1998.

un Estado Democrático de Derecho. Como señala MONEREO: “El Estado social es también Estado de Derecho, porque la racionalidad jurídico-material no puede realizarse en un Estado Democrático sino es a través de las garantías jurídicas propias de un Estado de Derecho.”⁶⁰

Por ello, la doctrina constitucional viene discutiendo largamente la compatibilidad entre los principios básicos fundadores de las formulas *Estado de Derecho* y *Estado Social*. Esta discusión ha sido muy compleja puesto que- aun hoy- no existe un acuerdo de opiniones sobre la relación entre el postulado clásico del Estado de Derecho y la realización de la igualdad material que exige el Estado Social; es decir, que estas puedan interrelacionarse sin que resulte afectada la esencia de cada uno de estos postulados ni que se origine una mutación en sus estructuras⁶¹.

De las tres posiciones que han tenido preferencia en la doctrina, analizaremos solo la que ha sido fruto de un esfuerzo de síntesis de posiciones y que hoy constituye la opinión mayoritaria: aquella que señala que es el principio democrático el que dota de la necesaria cohesión interna a los requisitos y garantías del Estado de Derechos con las exigencias materiales del Estado Social⁶². Al respecto, señala MORENO que con el concepto de “*Estado social y democrático de Derecho*”⁶³ se supera el

⁶⁰ MONEREO, J., “Hermann Heller, Un pensador para un tiempo de crisis” en AGUILERA, R., *Teoría del Estado Contemporáneo*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 332-333.

⁶¹ Esta idea ha sido desarrollada anteriormente en un artículo de la autora: AGUILERA, R., Y ESPINO, D., *Fundamentos, garantías y naturaleza jurídica de los Derechos Sociales ante la crisis del Estado social de Derecho*, Madrid, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n°10, 2006-2007, pp. 111-139. <http://www.rtfed.es/numero10/5-10.pdf>

⁶² PEREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 3° ed., Tecnos, 1990, pp.226-228.

⁶³ “La noción “Estado social y democrático de Derecho” no constituye una simple agregación o yuxtaposición de componentes, sino la articulación de ellos en una totalidad conceptual (...) La afirmación unilateral de un principio no puede llevar más que a su destrucción, a su degeneración o a su transformación en su contrario, lo conocido con el concepto de entropía, es decir la generación producida en una realidad que permanece cerrada en sí misma. La vigencia, pues, de cada principio no solo exige la limitación, sino también la interpretación por otros de su contenido concreto (...) hay épocas en la historia política que se caracterizan por la antítesis y el antagonismo, otras donde se ha buscado la síntesis y la integración de opuestos. Pero también hay épocas donde se trata de buscar la concordia, o si se quiere, el consenso no solo en el área de la praxis política sino también en el de sus formulaciones conceptuales e ideológicas”. (GARCIA PELAYO, M., *Obras completas*, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.)

carácter formal del Estado de Derecho para darle “una dimensión social, pluralista y solidaria, mediante el derecho de participación democrática, sometido al principio de legalidad y al marco competencial constitucionalmente establecido, lo que viene a cerrar el círculo del Estado Social y Democrático de Derecho”⁶⁴.

El concepto jurídico-político previo del *Estado Social de Derecho* es el de *Estado de Derecho*, donde se constata que este último concepto al instaurar una igualdad formal ante la Ley, produce profundas desigualdades económicas. HERMAN HELLER comprueba esta contradicción y plantea una vía transitoria del Estado liberal al Estado Social de Derecho. Esta vía permitiría al movimiento obrero y la burguesía alcanzar un equilibrio jurídicamente regulado, planteando la viabilidad de un orden justo de la autoridad sobre la economía, particularmente mediante la limitación de la propiedad privada, la subordinación del régimen laboral del derecho, la intervención coercitiva del Estado en el proceso productivo y la traslación de la actividad económica del ámbito del Derecho privado al interés público⁶⁵.

Tanto HERMANN HELLER como ELIAS DIAZ consideran que el Estado Social es una etapa de transición, el primero hacia el socialismo y el segundo hacia un verdadero Estado Democrático de Derecho. Respecto a esta última visión, ELIAS DIAZ observa tres cuestiones trascendentes al tratar al Estado Social de Derecho: 1) que no todo lo que es considerado “Imperio de la Ley” es necesariamente Estado de Derecho 2) el Estado Social de Derecho requiere un “ejecutivo fuerte”, capaz de hacer prevalecer el interés reivindicatorio de la sociedad y la aptitud intervencionista del Estado, sobre la vocación complaciente del parlamentarismo y; 3) que existe un evidente parentesco entre el Estado Social de Derecho y el Estado de Bienestar⁶⁶.

⁶⁴ GONZALEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, p.44.

⁶⁵ HELLER, H., *Escritos Políticos*, Alianza Universidad, Madrid, 1985.

⁶⁶ DIAZ, E., *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Cuadernos para el dialogo, 4º ed., Madrid, 1972.

Partiendo de la idea de un Estado social como vía transitoria a un verdadero Estado democrático, GARCIA PELAYO ha señalado los rasgos que caracterizan al modelo actual del Estado social de Derecho. Señala que este tipo de Estado se caracteriza por: 1) la superación de las contradicciones entre la titularidad formal de derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo 2) la prosecución de la procura existencial⁶⁷ 3) por la concepción de ciudadanía no solo como común participación en valores y derechos políticos, sino también en los bienes económicos y culturales 4) por ser un Estado de prestaciones, de modo que a los preceptos constitucionales que limitan su actividad le añade otros que le fijan objetivos para su acción legislativa y administrativa y finalmente 5) Por una política orientada hacia la configuración de la sociedad por el Estado, dentro de los patrones constitucionales.⁶⁸

En este sentido, la cláusula jurídica de “Estado Social de Derecho” es una decisión política fundamental que se encuentra positivizada en una verdadera norma jurídica con rango constitucional. Al respecto, este autor expresa que el sentido pleno de la Constitución y de cada uno de sus preceptos solo se adquiere cuando se conexas con los motivos políticos directivos o con las decisiones políticas fundamentales a las que sirven mediata o inmediatamente dichos preceptos.⁶⁹ De esta forma, entre las decisiones fundamentales y el sistema de normas y entidades que se despliegan de la Constitución hay una relación de reciproca dependencia⁷⁰.

⁶⁷ GARCIA PELAYO considera el concepto de “*procura existencial*” como la acción estatal destinada a crear las condiciones necesarias para satisfacción de aquellas necesidades vitales, que en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no puede ser satisfecha por el individuo ni por el grupo”. (GARCIA PELAYO, *ídem*).

⁶⁸ ⁶⁸ GARCIA PELAYO, M., *Obras completas*, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁶⁹ GARCIA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, 7º ed., Alianza Universidad, Madrid, 1991, pp. 110-111.

⁷⁰ “La Constitución es, en efecto, la fuente suprema del ordenamiento, que crea órganos, habilita competencias, determina la potencialidad normativa de las otras fuentes y que contiene, en suma, las principales normas sobre producción jurídica del sistema jurídico. El sometimiento jerárquico de esas normas infra constitucionales a la constitución deriva precisamente de la posición de esta cómo norma suprema del ordenamiento.” (BALAGUER CALLEJÓN, F., “Constitución y ordenamiento jurídico”

Su reconocimiento, respeto y protección vinculan al legislador, informan la aplicación del Derecho por el juez y, en general, orientan la actuación de los poderes del Estado.

Por su carácter de decisión política- fundamental constitucionalizada, GONZALES MORENO señala que la potencialidad de esta cláusula constitucional se despliega en una triple vertiente: como fijación teleológica del Estado, como intérprete del resto del ordenamiento y como parámetro de constitucionalidad⁷¹.

Como fijación teleológica del Estado, vincula directamente a todos los poderes públicos, no solo al legislador al momento de creación de la norma, sino también a los tribunales de justicia y a la administración, al momento de aplicación de la misma. La actuación de los poderes públicos está condicionada por la obligación de configurar la sociedad con un contenido social, y en ningún caso pueden aplicar el Derecho en un sentido contrario, o como si esa cláusula no existiera. Para cada uno de los poderes públicos, la obligación social se manifiesta constitucionalmente con idéntico valor normativo.

En segundo lugar, la cláusula tiene un valor interpretativo del resto del ordenamiento jurídico donde manifiesta- citando a RUBIO LLORENTE- que “esa positivización de principios fundamentales, que si no da lugar a derechos exigibles, no tiene por ello menos importancia, en cuanto que constituye una directriz básica para la interpretación de la Constitución, que en ningún caso puede el juez pasar por algo y cuyo propio carácter doctrinal, si vale la expresión, dota de una elasticidad profunda a la Constitución cuyo contenido puede así acomodarse al cambio histórico y social.”⁷² Afirma que la cláusula del Estado social, al incorporarse en la Constitución, excluye una

en CARBONELL, M. (COMP.), *Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, 4^o ed., México, Ed. Porrúa, 2008, p.197.)

⁷¹ GONZALES MORENO, B., *El Estado social...*, op.cit., p. 61-64.

⁷² RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, En: *La Constitución española y las fuentes del derecho*, pp. 71, citado en: GONZALES MORENO, B., *idem*, 56 pp.

interpretación radicalmente individualista de los derechos fundamentales, de modo que el disfrute efectivo de diferentes derechos se adecue a las posibilidades reales de cada sector de la sociedad, reforzando unas veces su aprovechamiento en referencia a los sectores menos privilegiados pero también restringiendo otras el alcance de esos derechos en razón de la posición social prevalente de sus titulares⁷³.

Un tercer efecto es su valor como *parámetro de constitucionalidad*. La doctrina española apoya la idea de que la cláusula de Estado social pueda ser utilizada para fundamentar el recurso de inconstitucionalidad contra una ley que se presume de ser antisocial y regresiva⁷⁴. Algunos autores extienden esta posibilidad no sólo a la cláusula de “Estado Social”, sino a cualquier otra norma constitucional de contenido social⁷⁵. Lo cierto es que al incorporarse la cláusula constitucional del Estado social y otras normas de contenido social (como p.ejm. la constitucionalización del contenido social de la propiedad privada), estas afectan la forma de interpretar la Constitución, la cual debe estar orientada por la “función social” del Estado que le imprime el constitucionalismo social. Coincidiendo con esta idea, GONZALES MORENO sostiene que el respeto de la posición de la ley en el ordenamiento jurídico exige que el Tribunal Constitucional se limite a sancionar la infracción frontal del mandato, esto es, aquellos supuestos en que la ley resulte manifiesta y claramente contraria al fin prescrito. Y en el caso de la cláusula de “Estado Social”, la apreciación de esta infracción se conecta indefectiblemente con una lesión del principio de igualdad, porque en ella radica propiamente el fundamento del Estado social.⁷⁶

⁷³ Al respecto ver: GARRORENA MORALES, A., *El Estado Español como Estado Social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, 103 pp.

⁷⁴ *Ídem*, p.103

⁷⁵ Esta posición la sostiene, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pp.69 y 70, y PAREJO, A., *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, p.88.

⁷⁶ GONZALES MORENO, B., *El Estado social...*, op. cit., p. 65.

La segunda manifestación del modelo político-jurídico de Estado social es la incorporación constitucional de los derechos sociales. La cláusula jurídica-constitucional “Estado social de Derecho” y el reconocimiento constitucional de derechos sociales constituyen los dos presupuestos del actual constitucionalismo social. En efecto, el constitucionalismo actual está orientado a su garantía conjunta, aún en los supuestos en los que no se haya enunciación constitucional explícita de la cláusula de “Estado social de derecho”⁷⁷ o de derechos sociales⁷⁸. La naturaleza social del Estado se manifiesta a través de la incorporación constitucional de valores tales como la igualdad y la libertad real así como la solidaridad y en algunos casos, la justicia social.

El Estado Social, como modelo de Estado constitucional, incorpora en su estructura los llamados *derechos sociales* (aunque no siempre de forma nominal) y sus garantías en busca de su efectivo cumplimiento. Aquí, el Estado adopta el rol de promotor de estos derechos, donde los principios de libertad e igualdad no sean meras aspiraciones políticas, sino formulas de cumplimiento efectivo, removiendo los obstáculos para su cumplimiento, y facilitando la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural. Además, la Constitución del Estado Social contiene la “obligatoriedad social” que, en palabras de GARCIA COTARELO, es “la exigencia general a los poderes públicos para la adecuación de las instituciones a las necesidades sociales, la referencia social de los derechos fundamentales que habrán de interpretarse en el sentido más favorable a su

⁷⁷ Este es el caso por ejemplo de la Constitución Mexicana de 1917 o de la Constitución Peruana de 1993. En ambos casos no hay una incorporación explícita del modelo de Estado. Sin embargo, se han incorporado derechos sociales o, como en el caso peruano, el desarrollo del modelo de Estado social se ha dado partir de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho a partir del modelo político diseñado en la Constitución.

⁷⁸ Conocidos son los casos de la Constitución Alemana de 1948 o de la Constitución Española de 1978, donde el reconocimiento constitucional de derechos sociales se ha dado a partir de la interpretación de la cláusula jurídico-constitucional de “Estado social de Derecho”

generalización material; y a la exigencia de orientar la interrelación Estado-sociedad a favor de la mayor integridad social posible del Estado.”⁷⁹

En atención a lo anteriormente expuesto, el Estado Social de Derecho refleja la aspiración del constitucionalismo social según el cual, en palabras de SARTORI, “...solo puede conseguirse un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales mediante la garantía, por parte del Estado, de condiciones mínimas existenciales al individuo⁸⁰”. Este modelo de Estado implica la protección de los grupos socioeconómicos más vulnerables de la sociedad y el desarrollo del pluralismo “como expresión de las demandas sociales y de control sobre los órganos de poder”⁸¹. Este modelo de Estado supone un cambio de paradigma respecto a las funciones clásicas del Estado, exigiéndole su intervención a fin de asegurar la procura existencial del sujeto.

Para concluir con la posición que defendemos en esta investigación, la aspiración que debe perseguir el Estado social de Derecho es, en palabras de León BOURGEOIS⁸², una “sociedad de semejantes”. ROBERT CASTELL se refiere a esta como una sociedad diferenciada- por lo tanto jerarquizada- pero en la cual todos los miembros pueden mantener relaciones de interdependencia porque disponen de un fondo de recursos comunes. El carácter irreductible de la oposición propietarios/no propietarios queda superado así gracias a la propiedad social que asegura a los no propietarios las condiciones de su protección.

En este sentido, el Estado social es el garante de esta construcción: estas protecciones son de Derecho, constituyen el modelo en expansión de los derechos sociales que proporcionan una contrapartida correcta, virtualmente universal, a los derechos civiles y a los políticos. Destaca que el rol principal del Estado Social no ha sido realizar la función distributiva que se le otorga

⁷⁹ GARCIA COTARELLO, J., “Estado Social” En GONZALES ENCINAR, J.J., *Diccionario del sistema político español*, AKAL, Madrid, 1984, pp. 272-273.

⁸⁰ SARTORI, G., *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992, p. 74.

⁸¹ *Ídem*, p.74.

⁸² BOURGEOIS, L., *Solidarité*, Paris, Bibliothèque républicaine, Le bord de l’ eau ed., 2008, 300 p.

con harta frecuencia. En cambio, su rol protector ha sido esencial. La propiedad social ha rehabilitado a la “clase no propietaria” condenada a la inseguridad social permanente, procurándole el mínimo de recursos, oportunidades, y de derechos necesarios para poder constituir, a la falta de una sociedad de iguales, una “sociedad de semejantes”.⁸³

Si el Estado social persigue una “sociedad de semejantes”, debemos entender entonces que ha superado la dimensión “igualitaria” de sus orígenes. En este sentido, no se persigue una igualdad finalista, sino como “punto de partida”, garantizando los recursos materiales necesarios para que cada quien desarrolle su proyecto individual en su entorno social. Como “garantizar los recursos materiales necesarios” requiere de la dotación de bienes y servicios por parte del Estado, se requiere su intervención en la actividad económica- como promotor y fiscalizador- de las acciones del neocapitalismo. Sobre todo en el actual mundo globalizado de inicios del siglo XXI, donde se ha comprobado que el ser humano no depende de sus propias capacidades para satisfacer sus necesidades básicas, sino que depende- cada vez en mayor medida- del mercado global. La intervención del Estado actualmente es indispensable para proteger al ser humano de la voracidad del neocapitalismo, el cual- al dejar indefenso a la persona en medio del sistema- lo consumiría como individuo para transformarlo en “objeto consumidor”.

1.4 La crisis jurídico-política del Estado social de Derecho a inicios del siglo XXI

El actual proceso globalizador y la instauración del modelo político-económico neocapitalista a finales de los años 80 del siglo pasado, provocó

⁸³ CASTEL, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, 1° ed., Buenos Aires, Manantial, 2004, pp. 46-47.

el cambió de las reglas del juego del Estado social e instauró nuevas reglas, la del sistema económico neoliberal, el cual generó nuevos actores sociales con una gran influencia en las decisiones económicas domésticas. La consecuencia directa de este drástico cambio fue la aparición del concepto de “Economía social de mercado” y la redefinición del concepto del “Estado Social de Derecho”.

Como ya hicimos mención anteriormente, para el neoliberalismo, el modelo de “Estado Social de Derecho” fue una opción para evitar el avance del socialismo de Estado; elaborada como propuesta para representar una opción distinta al modelo del Estado de Bienestar. Considera DÁVALOS que este modelo de Estado “está afincado sobre un contrato social alejado de todas las formas posibles de planificación desde un socialismo de Estado”. En este sentido, se puede decir entonces que para el neoliberalismo “el Estado Social de Derecho es la contracara del socialismo de Estado”⁸⁴.

En virtud de ello, el fundamento político-jurídico del Estado social de Derecho debe partir de dos realidades: los requerimientos de la autonomía del individuo y el mercado como expresión de aquella autonomía y regulador social así como la necesidad de la intervención estatal para la protección de los sectores desfavorecidos de la actividad económica. En definitiva, se trataba de articular dos realidades que parten de presupuestos opuestos. El problema que buscaba atajar el “Estado social de Derecho” era el de reconciliar los principios del mercado libre y el intervencionismo estatal para la protección de los intereses la sociedad, en el convencimiento que si el Estado interviene en la economía debe hacerlo para establecer equilibrios en las relaciones sujeto-capital.

Pero este modelo nunca ha estado exento de críticas. Como veremos, el modelo ha sido criticado cada vez que se da una crisis económica a gran escala. En los últimos años- consecuencia de la actual crisis económica

⁸⁴ DAVALOS, P., “Neoliberalismo político y Estado social de Derecho, en <http://www.puce.edu.ec/documentos/NeoliberalismoyEstadosocialdederecho.pdf>. Visto el: 13-01-2010

global iniciada en el 2006- parece haberse puesto de moda el tema de la “crisis del Estado Social de Derecho”. Al tener el concepto de “Estado Social de Derecho” alcances multidisciplinarios, las críticas a este modelo de Estado han surgido desde el ámbito jurídico, político y económico de las más diversas tendencias y corrientes doctrinales.

Por el lado de las corrientes neoliberales, autores como Robert NOZICK han criticado el modelo de Estado social, llegando a defender incluso, a partir de su idea del “Estado mínimo”, que la “asimetría social” producto de la defensa de la propiedad privada no puede vulnerarse por ninguna concepción distributiva de justicia. Así, sostiene que Estado mínimo y redistribución son incompatibles. Para este autor, la ineficacia del “Estado distribuidor” justifica la necesidad de priorizar la libertad, sin injerencia estatal. Su crítica principal radica en que el gasto público destinado por el Estado para cumplir la satisfacción de las necesidades y reivindicaciones de la población significa - en la mayoría de los casos- el aumento significativo del déficit presupuestario. Para el autor liberal, las demandas sociales cada vez mayores hacia el Estado sólo han logrado que se sigan destinando recursos a políticas sociales sin considerarse las reales limitaciones existentes en cada situación particular de los países⁸⁵. Respecto a esto, señala ARIAS que para NOZICK: “A diferencia del Estado mínimo, el Estado máximo (o el Estado social) desactiva a la sociedad civil y restringe la libertad individual, sin demostrar una mayor eficacia económica”.⁸⁶ En la misma lógica de HAYEK, también FRIEDMAN ha objetado al Estado social y ha defendido la idea del liberalismo político originario, donde la función del Estado está condicionada a una visión de sociedad donde debe dejarse el desarrollo de la economía en manos de los ciudadanos e impedir cualquier injerencia estatal. Desde este enfoque, las acciones del Estado a redistribuir la riqueza

⁸⁵ NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, México, FCE, 1991, Capítulo VII.

⁸⁶ ARIAS, M., “La teoría del Estado mínimo: Robert Nozick” en AGUILERA, R., *Teoría del Estado Contemporáneo*, México, Porrúa, 2011, p. 399.

sólo provocan asistencialismo y restringen las libertades, llevando a largo plazo a los países a una crisis fiscal⁸⁷.

A decir de OVEJERO, la lógica de los autores liberales está en tenor a una teoría del Estado y la sociedad que entiende a la economía capitalista y al individuo competitivo- delimitados por un mínimo marco jurídico- como “la base de una sociedad sana y el único factor legítimo de distribución de los recursos económicos”⁸⁸. En este sentido, afirma OVEJERO: “La función del Estado se considera perniciosa más allá de un mínimo social que permita a las agencias naturales del bienestar (familia, voluntariado y mercado privado) desarrollar una labor que son las únicas que pueden realizar por razones de legitimidad y eficiencia”⁸⁹. Estos autores sostienen- para coronar su argumento- que los derechos sociales no son verdaderos derechos.⁹⁰

Desde la izquierda, las críticas más radicales han venido desde los seguidores del moderno marxismo⁹¹, quienes señalan que el Estado social resulta una contradicción en sí mismo, pues el Estado – producto del capitalismo- no tiene como objetivo la protección de los más débiles. Esta posición sostiene que en caso que existan- en los Estados actuales- diseños de políticas sociales a favor de los más débiles, estas son en realidad distractores del capitalismo para amortizar y controlar a la clase obrera. Dentro de este razonamiento, afirma BUSTOS que otra crítica de esta posición contra el Estado social ha sido que no ha logrado el éxito en alcanzar más integración entre las clases sociales sino que ha significado una ruptura en el interior de la clase obrera. En efecto, ha causado divisiones donde algunos han alcanzado beneficios sociales mientras que otros han

⁸⁷ NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, México, FCE, 1991, Capítulo VII.

⁸⁸ OVEJERO, F., *Proceso abierto. El socialismo después del socialismo*, Barcelona, Ed. Tusquets, 2005, p. 156.

⁸⁹ Ídem, p. 157.

⁹⁰ Que en opinión de Benito CASTRO CID, el nivel de apoyo que ha tenido estos argumentos constituyen la prueba más fehaciente de la crisis del Estado Social. (CASTRO CID, B., “Estado Social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Derechos y Libertades*, Año III, Febrero de 1998, num. 6, p. 55-56.)

⁹¹ POULANTZAS, N., “À propos de la théorie marxiste du droit”, en *Marx et le droit moderne*, número especial de Archives de Philosophie du Droit, XII, París, 1967.

permanecido en la pobreza y la exclusión⁹². Esta situación implica la existencia de un núcleo duro de pobreza en cualquier Estado capitalista, además de discriminación dentro de la misma clase laboral.⁹³

Actualmente, existe un acuerdo en la doctrina en la opinión que el Estado social ha sido “puesto a prueba” y sometido a fuertes tensiones que no son fáciles de resolver ni en los países desarrollados, y especialmente, en aquellos países emergentes con necesidades aún más urgentes e ineludibles⁹⁴. Asistimos a una clara contradicción entre un orden económico altamente globalizado frente a la ausencia de instituciones de “choque” en el ámbito nacional y mundial con capacidad operativa y de respuesta para incidir sobre los problemas globales, entre los cuales están la pobreza y el subdesarrollo. Además los antiguos Estados-nación se muestran superados por la naturaleza de un imparable proceso político-económico que erosiona su margen de actuación y limita sus decisiones en función a la lógica del gran mercado global⁹⁵.

El fracaso del modelo político-económico que instauró el Estado de Bienestar- desmoronado por la crisis económica de los años 70 del siglo XX- trajo como consecuencia que las aspiraciones de pleno empleo, bonanza económica e igualdad social quedaran en meras aspiraciones. Justificó el regreso del ultra-liberalismo con la aparición de la literatura que anunciaba el deceso del Estado social. Su intención fue la de desmontar el Estado de Bienestar por un Estado que “garantice la contractualidad desde un enfoque

⁹² BUSTOS, R., *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*, Santiago, Ed. Librotecnia, 2014, p. 52.

⁹³ O' CONNOR, J., *La crisis fiscal del Estado: Lucha de clases y crisis fiscal en la década de los ochenta*, Barcelona, Península, 1981, 335 p.

⁹⁴ Para profundizar más en las razones políticas, sociales y económicas que originaron la crisis del Estado social actual podemos estudiar la obra de autores de diversas tendencias entre las más importantes tenemos: GIDDENS, A., *Más allá de la izquierda y la derecha. El futuro de las políticas radicales*, Madrid, Cátedra, 1996; HABERMAS, H., *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991; SEN, A., *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona, Paidós, 1997, y OFFE, C., *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1994.

⁹⁵ GUZMÁN, J., Y ROMERO, I., “Crecimiento económico, gobernabilidad democrática y desarrollo social: Un enfoque integrador”, en *Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, vol.39., num. 153, abril-junio 2008, pp. 134.

de derechos individuales y burgueses, de tal manera que emerja la razón de mercado como razón histórica”.⁹⁶ Con esto surgieron las primeras voces que señalaban que el Estado social y los derechos sociales estaban en peligro⁹⁷. Por esta razón, no sólo desde la perspectiva socio-política el Estado social-entendido como Estado de Bienestar- está en crisis. Desde la perspectiva jurídica, la crisis del Estado social como modelo de Estado supone también la crisis de sus aspiraciones jurídico- constitucionales, donde están inmersos los derechos sociales.

PEREZ LUÑO afirma que los derechos sociales y el Estado Social de Derecho son dos conceptos que están plenamente implicados pues son dos aspectos mutuamente condicionados. Por ello, “si se habla de críticas, de erosión económica, institucional y cultural del Estado Social, no nos puede extrañar que todo eso no tenga sus repercusiones en al ámbito de los derechos sociales”.⁹⁸ Partiendo de esta idea, PISARELLO hace un interesante análisis sobre la situación actual del Estado Social y subraya la manera como la falta de garantías diseñadas para los derechos sociales afecta gravemente el bienestar de los sectores más vulnerables de la sociedad. Este autor señala que el grado de satisfacción de los derechos sociales- sobre todo en las zonas privilegiadas del planeta- ha estado a menudo ligado a las asimétricas relaciones del poder existentes entre los países y zonas periféricos. En consecuencia, señala: “(...)el acceso de los habitantes de los países ricos a niveles crecientes de consumo- incluso bajo la forma de derechos- ha tenido lugar en parte, al precio del empobrecimiento de los pueblos y regiones más vulnerables y a la negación de derechos básicos a las generaciones futuras”.⁹⁹

⁹⁶ DÁVALOS, P., *Neoliberalismo político...*, op.cit., p.6.

⁹⁷ JAMES, E., *Historia del pensamiento económico en el siglo XX*, México, FCE, 1998, P.30.

⁹⁸ PEREZ LUÑO, A., “Los derechos sociales y sus críticos” *En: THEOTONIO, V. y PRIETO, F., Los derechos económicos y sociales y la crisis del Estado de bienestar*, ETEA, Córdoba, 1996, p.39

⁹⁹ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta, 2007, pág. 12

Las enormes complejidades que trajo consigo la puesta en marcha del Estado Social de Derecho dejaron ver que los problemas fiscales, administrativos e institucionales de los Estados pasaban factura a los derechos sociales. Las políticas sociales tradicionales se convirtieron en una fuente inevitable de burocratización y despilfarro. Quedo clara la dependencia del desarrollo de los derechos sociales a la efectividad del Estado social de Derecho, ya que este es la matriz en la que se gestan y desarrollan estos derechos.¹⁰⁰ En la llamada “crisis del Estado social” hay ciertos datos que confirman la debilidad de los derechos sociales. Un ejemplo lo podemos encontrar en el progresivo debilitamiento del derecho al trabajo y sus múltiples manifestaciones. El trabajo fue el motor que hizo posible la aparición en la primera legislación laboral y posteriormente su plasmación en los textos constitucionales. Sin embargo, los avances científicos y tecnológicos han debilitado este derecho hasta el punto de que actualmente es considerado un bien escaso, por lo tanto, generalizar su garantía resulta fácticamente un imposible¹⁰¹.

La situación de grave desempleo y subempleo en los países de América Latina y Europa pone en riesgo derechos sociales como el trabajo o el desmantelamiento de la seguridad social, hasta el punto de desconocerlos como verdaderos derechos, poner en duda su realización efectiva y aun su justiciabilidad. La crisis del Estado Social sirve entonces para sostener que los derechos sociales no son “verdaderos” derechos. Por otro lado, a pesar de la vigencia formal e incluso la extensión de los derechos sociales en las Constituciones y los Tratados Internacionales, lo que en la práctica se ha impuesto es su vaciamiento normativo a manos de una nueva *lex mercatoria*, cada vez más global que ha debilitado drásticamente su eficacia vinculante y,

¹⁰⁰ CASTRO CID, B., “El estado social y la crisis de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” En *Derecho y Libertad*, N°6, FEB. 98, P.60.

¹⁰¹ AGUILERA, R., y ESPINO, D., “Fundamentos, garantía y naturaleza política de los derechos sociales ante la crisis del Estado social de Derecho” en *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, Madrid, n°10, 2006-2007, p.129.

con ello al alcance del mismo principio democrático y del Estado de Derecho.¹⁰²

En referencia a la delicada situación de los derechos sociales ante la crisis política-jurídica del Estado social, FERRAJOLI sostiene que el Estado social (aunque el autor se refiere a este como *welfare state*) no ha desarrollado una normatividad específica propia, ni una teoría del derecho del Estado social, ni una teoría política del Estado social del Derecho. No da origen en suma, “a un garantismo jurídico-social en añadidura al garantismo jurídico-liberal de los tradicionales derechos individuales de libertad.”¹⁰³ De este modo, se presenta como un conjunto consolidado de prácticas económicas y políticas marcado por la anomia o ajuricidad, y, en cualquier caso, un rebosamiento exorbitante de la vieja forma de Estado de Derecho con su fachada constitucional. En este sentido, sostiene que el objetivo, en suma, en la fase de crisis del derecho que atravesamos, es un garantismo de los derechos sociales casi completamente por fundar, y una galantismo de las libertades individuales en gran medida por restaurar.”¹⁰⁴

Los críticos del Estado Social de Derecho se basan en un hecho evidente: la actual crisis fiscal y económica que azota numerosos Estados latinoamericanos y algunos específicos casos europeos, producida por la financiación de los mismos, impiden el ejercicio efectivo de los derechos sociales. El aumento de la demanda de los titulares de estos derechos junto al problema interno de la financiación estatal impide un efectivo desarrollo de los mismos. En este sentido, HABERMAS ha manifestado que el Estado social- en su desarrollo- ha entrado en un callejón sin salida, de alguna forma, “en él se agotan las energías de la utopía de la sociedad del trabajo;

¹⁰² ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., *El revés del Derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p.115.

¹⁰³ FERRAJOLI, L., “Stato sociale e estado diritto”, publicado en *Política del Diritto*, a.XIII, núm. 1, marzo 1982, (trad. Italiano de Alexei Julio y Gerardo Pisarello en ABRAMOVICH, V. AÑÓN, M. J. Y COURTIS, Ch. (comp.) *Derechos sociales: Instrucciones de Uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 7-21 y p. 12.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 21

pero, por otra parte, constituye la única esperanza de los más desheredados y desfavorecidos de la sociedad”.¹⁰⁵

A pesar que el Estado social de Derecho llegó a utilizarse como justificación socio-política del modelo neoliberal, lo cierto es que se ha constituido en un modelo de Estado que se erige sobre los valores de igualdad, solidaridad y justicia social. Sin embargo, actualmente este modelo de Estado-considerado como aquel que prevé una redistribución igualitaria de riquezas entre todos sus ciudadanos y garantiza el goce de los derechos sociales, el respeto de las garantías constitucionales y legales de las libertades democráticas y la seguridad jurídica en general- ha entrado en una grave crisis. Así, el “Estado fuerte” que requieren los derechos fundamentales para encontrar su garantía y ejecución está cediendo ante los avances de la globalización del mercado y el debilitamiento de las economías y políticas estatales.

Al respecto, PIKETTY afirma que el neocapitalismo instaurado después de la caída de Berlín (1989) en todo el mundo significó un “retorno” al acelerado crecimiento de la desigualdad en el mundo, debido a la política del “*laissez faire*”. Este autor sostiene la tesis que el crecimiento de la desigualdad es inherente al capitalismo. En efecto, afirma que: “La gran crisis de 1914-1945 con la destrucción de capital por la inflación, las dos guerras mundiales y la Gran Depresión, sumado a cambios institucionales, como la creación del Estado de Bienestar, revirtieron un poco el proceso de creciente desigualdad que veíamos desde la revolución industrial”. Para el autor de *Capital in the 21st Century*, el capitalismo tiene un rasgo inherente a su funcionamiento:

¹⁰⁵ “Desde los años setenta están haciéndose evidentes los límites del proyecto del Estado social sin que, hasta la fecha, sea visible una forma sustitutoria nítida [...] el programa del Estado social, que sigue alimentándose de la utopía de la sociedad del trabajo, ha perdido la capacidad de formular las posibilidades futuras de alcanzar una vida colectiva mejor y más segura.” (HABERMAS, J., “La crisis del estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas” en *Ensayos políticos*, Península, Madrid, p.166.) También puede consultarse una de su trabajo, HABERMAS, J., *Crisis de legitimación del capitalismo tardío*, Madrid, Cátedra, 1989. En este trabajo analiza las distintas crisis sistemáticas a que se ve enfrentado el actual Estado de bienestar, crisis económica, racional, de legitimación y motivación.

una creciente desigualdad que tarde o temprano será "intolerable"¹⁰⁶. Esta situación ha devenido en una ineficiencia del imperativo constitucional de la clausula "Estado social" y ha desnaturalizado la búsqueda de un Estado de bienestar social, causando lo que es conocido como "crisis del Estado Social de Derecho"¹⁰⁷

Ahora bien, para un jurista, solo cabría hablar de crisis del Estado Social entendido como cláusula jurídico-constitucional, ante la evidencia de su incumplimiento; vale decir, del fracaso en su pretensión normativa. La clausula del Estado social es una "decisión constitucional fundamental" la cual incorpora en su horizonte alguna forma de Estado de bienestar. Sin embargo, no se puede olvidar que "la esencia de la norma jurídica (en el caso que nos toca, la clausula jurídica "Estado social de Derecho") no está tanto en los objetivos que se pretenden alcanzar, cuanto en instrumentalizar los medios para conseguirlos."¹⁰⁸

En efecto, al tratar desde el punto de vista jurídico la "crisis del Estado Social" no nos referimos a la existencia de una crisis del concepto estrictamente jurídico sino al fracaso en la persecución de sus fines los cuales sí tienen una dimensión constitucional. Vale decir, la crisis radica en la política ineficaz e insuficiente aplicada por los Estados para concretizar la finalidad normativa última de la cláusula jurídico-constitucional del "Estado social de Derecho". Esta cláusula no sólo está vinculada al reconocimiento de los derechos sociales fundamentales sino que además, actúa como principio inspirador de las políticas públicas diseñadas por el Estado para la

¹⁰⁶ PIKETTY, T., *Capital in the twenty-first century*, New York, Belknap Press, 2014, pp.669.

¹⁰⁷ "Los procesos de globalización, que no solo de naturaleza económica, nos presentan lo limitado de nuestro escenario social, los riesgos e incertidumbres que se encuentran ligados nuestros destinos colectivos. El tradicional Estado soberanos ya no se concibe como algo indivisible, sino como algo compartido con agencias internacionales, si los Estados ya no tienen control sobre sus propios territorios, y si la fronteras territoriales y políticas son cada vez más difusas y permeables, los principios fundamentales de la democracia liberal, es decir, el autogobierno, el demos, el consenso, la representación y la soberanía popular se vuelven problemáticos". (MCGREW, A., "Globalization and Territorial Democracy", en MCGREW, A., (comp.) *The Transformation of Democracy?*, Cambridge, 1997.)

¹⁰⁸ GARRIDO FALLA, F., y otros, *Comentarios a la constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p.70.

satisfacción de las necesidades sociales así como parámetro de constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico.

Empero, en la realidad de los Estados sociales se ha constatado el denominado “efecto Mateo”, en el sentido de que se benefician más de los servicios sociales en general, aquellos componentes de la sociedad que tienen más información, nivel en educación y relaciones, que los que realmente más los necesitan por su escasez económica. Esto quiere decir, que finalmente, los servicios sociales surgidos para aminorar las desigualdades sociales terminan acrecentándola, lo que significa que no se logra el bienestar social perseguido por estas, lo que ha contribuido a la desnaturalización de la finalidad del Estado Social¹⁰⁹.

En general, señala PISARELLO que el núcleo duro de las políticas sociales emprendidas tras las crisis del Estado Social tradicional no ha perseguido la garantía de los derechos sociales generalizables, es decir, de expectativas estables sustraídas a las coyunturas políticas e indisponibles para los poderes de turno. Afirma que más bien, han generado intervenciones selectivas que, más que buscar la igualdad material, ha operado como concesiones revocables y discrecionales, cuando no auténticas medidas de control de pobres. Si como producto de la restauración neoliberal, las garantías legislativas y administrativas de los derechos sociales han tenido a desmoronarse ante los fuertes e indiscutibles mecanismos de protección de los derechos patrimoniales, las garantías jurisdiccionales tampoco han contribuido para contrarrestar esta tendencia.¹¹⁰

Desde hace algunos años, un importante sector de la doctrina constitucional viene insistiendo en la existencia de una crisis estructural del Estado Social

¹⁰⁹ DELEECK, H., « L' effet Mathieu » en *Droit Social*, Paris, Núm. 11, 1979. Este nombre se debe a un pasaje del Evangelio según San Mateo que indica “pues al que tenga se le dará, y tendrá abundancia; pero al que no tenga se le quitará hasta lo poco que tenga”. El efecto Mateo se muestra en los siguientes ejemplos: acumulación de recompensas en personas distinguidas y negación de estas a los emergentes; en la diferencia en la distribución y acceso a recursos, donde personas y centros con más prestigio logran mejores dividendos.

¹¹⁰ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit., p.14.

de Derecho entendido como un Estado de Bienestar. Por lo dicho, desde aquí se propone que el Estado social debe reestructurarse tomando como punto de partida ya no un Estado social “asistencialista”, sino el llamado “Estado institucionalista o desarrollista”¹¹¹, el cual no tiene como objetivo “exclusivo e inminente” la erradicación de la pobreza extrema sino el desarrollo de la capacidad de autonomía y la plena realización de la persona en la sociedad. Esta reestructuración del Estado Social se hace necesaria por el surgimiento de una nueva “cuestión social”; es decir, “situaciones sociales que han mutado y para las cuales el modelo de Estado Social no es suficiente y que genera distintas formas de pobreza y exclusión”¹¹².

Finalmente, como afirma FARIÑAS DULCE, el fenómeno de la globalización afecta gravemente a los individuos en la realización de sus necesidades más básicas, al reducirse a un cruel “imperio de la economía”. Ante esta situación, “se precisa la promoción de una globalización político-jurídica donde se persiga un intervencionismo social-económico del Estado, una internacionalización de los derechos sociales y un universalismo del pluralismo”.¹¹³

1.5 Hacia la reestructuración de la noción del Estado social como un Estado desarrollista: De la justicia retributiva y la justicia distributiva

En esta tarea es importante diferenciar dos tipos de Estado social. Utilizando la terminología que TITMUS utiliza para analizar los tipos de Estados de bienestar, es posible aplicarla también para una clasificación del

¹¹¹ TITMUS, R.M., *Política Social*, Trad. Carlos Rocha Puyol, Ariel, Barcelona, 1981.

¹¹² MONEREO, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social: Los orígenes de los derechos sociales en España*, Madrid, Ed. Dykinson, 2007, pp. 392.

¹¹³ FARIÑAS DULCE, M.J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2000.

Estado social¹¹⁴. Así tenemos, por un lado, el llamado Estado social asistencialista o residual, que es el mayormente extendido en la práctica político-jurídica. Por otro lado, tenemos al Estado social desarrollista o institucionalista, que se plantea como alternativa base para el cambio en la concepción del Estado, la ciudadanía y los derechos¹¹⁵.

Por un lado, el Estado social “asistencialista” cuestiona los fundamentos ideológicos y estructurales del Estado de Bienestar para imponer un nuevo “sentido común” conservador.¹¹⁶ Sujeta el principio de legalidad a la lógica del sistema capitalista donde se eliminan los controles políticos y jurídicos al mercado por considerarse amenazas al crecimiento económico, al dinamismo del mercado y al ejercicio de la autonomía patrimonial. El objetivo del asistencialismo es la erradicación y control de la pobreza extrema y dotar de servicios mínimos de subsistencia a la población. Este Estado no desarrolla políticas públicas para potenciar capacidades ni políticas de igualdad, sino que la ciudadanía se hace dependiente de un “Estado paternalista” más asistencial que distributivo¹¹⁷.

Por otro lado, la concepción desarrollista o institucionalista del Estado social continúa basándose en la concepción teórica clásica del primer Estado social y tiene como objetivo el “garantizar la satisfacción de las necesidades fundamentales de los individuos (...) teniendo en cuenta el carácter expansivo de este tipo de necesidades humanas y la variabilidad y el progreso de enriquecimiento de la noción de bienestar social”.¹¹⁸ Sus programas son universales dado que el principal objetivo es el desarrollo de

¹¹⁴ TITMUSS, R., *Política Social*, Barcelona, Ariel, 1981.

¹¹⁵ *Ídem*, p.20

¹¹⁶ PISARELLO, G., “La renta básica como derecho y contrapoder”, en *El vuelo de Ícaro*, núm.2 (consultar www.redrentabásica.org) y “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en *Doxa*, núm.15 (oct. 2001).

¹¹⁷ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social: Los orígenes de los derechos sociales en España*, Madrid, Ed. Dykinson, 2007, pp.40

¹¹⁸ MONEREO PÉREZ, J., “La política social en el Estado de Bienestar: los derechos sociales de ciudadanía como derechos de “desmercantilización””, en *Revista del Trabajo y la Seguridad Social*, num. 19, 1995, p. 13.

la capacidad de autonomía y la plena realización individual. En efecto, no persigue simplemente la erradicación de la pobreza a través del asistencialismo, sino la igualdad de acceso a las oportunidades de desarrollo para la totalidad de los sujetos.

El paso a un nuevo Estado social de Derecho tiene que basarse en esta segunda concepción desarrollista del Estado social y “perseguir la desburocratización, la desmercantilización y la transformación de las exigencias sociales en verdaderos derechos fundamentales”.¹¹⁹ Para MONEREO, una nueva visión desarrollista del Estado social implica la “nueva cuestión social”¹²⁰ -centrada en distintos fenómenos de exclusión y desventaja social producto de una nueva economía global- la cual exige “la redefinición del Estado social mediante un conjunto de medidas de intervención jurídica e institucional que conlleven un cambio profundo en la noción de ciudadanía entendida hasta ahora en términos de pertenencia a un Estado nacional, y también, una transformación en la visión debilitada de los derechos sociales a favor de la defensa de auténticos derechos sociales constitucionalizados”.¹²¹

El tránsito del Estado social asistencialista hacía uno desarrollista implica a su vez, un cambio de concepción antropológica: ya no hablamos de un hombre desvalido que requiere asistencia, sino de uno que posee potencial para su autodesarrollo y que requiere incentivo. Este cambio trae aparejado un cambio de concepción en la noción de justicia en el seno del Estado

¹¹⁹ MONEREO, C., *Ideologías Jurídicas...*, *op.cit.*, p.48. También sobre este tema: PISARELLO, G., “La renta básica como derecho y contrapoder”, *op. cit.* Asimismo, BALDASSARE, A., “I diritti sociali nella costituzione”, en TREU, T. y PALADIN, L., *Quale futuro per i diritti sociali?*, Atti del Convegno di Studio, 23 marzo 1996, Centro di Studi G. Martelletto, 1996, p.34.

¹²⁰ Sobre la “nueva cuestión social”, léase a MONEREO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996 e id. “Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo”, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2, 1999, pp.239-262. Vid. Asimismo ROSANVALLON, P., *La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Manantial, Buenos Aires, 1995.

¹²¹ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías Jurídicas...*, *op.cit.* p.50

social, donde se traslada de una visión de justicia distributiva (clásica) a una de justicia compensatoria. Al respecto afirma Rodolfo ARANGO que la complejidad de una teoría adecuada de los derechos sociales fundamentales- que permita su garantía y protección a nivel constitucional- abarca diversas cuestiones, entre las que está que la concepción de derechos sociales surge aparejada a una noción de justicia distributiva, el cual sólo puede llevarse a cabo en el seno de un Estado social (entendido como Estado de bienestar) a través de políticas públicas.

Señala ARANGO que es ésta concepción la que debe ser superada para poder considerar los derechos sociales fundamentales como verdaderos derechos de protección constitucional en el seno del Estado social de Derecho. Es decir, la justicia distributiva debe estar en la esencia del Estado social de Derecho como principio de actuación de los poderes públicos en el diseño de las políticas públicas pero además la justicia compensatoria debe estar en la esencia de los derechos sociales fundamentales considerados como derechos subjetivos; pues señala que la justicia compensatoria “busca colocar en pie de igualdad, en el mismo punto de partida, a las personas que por circunstancias personales no se pueden ayudar a sí mismas frente a otras que sí están en pleno uso de sus capacidades.”¹²². En este sentido, afirma ARANGO: “Los derechos sociales fundamentales se basan en la justicia compensatoria, no en la justicia distributiva”¹²³.

Para el autor, la relación entre derechos sociales fundamentales y políticas públicas equivale a la que existe entre justicia compensatoria y justicia distributiva. En este sentido, afirma: “Mientras en el primer caso existen criterios objetivos que permiten la atribución de derechos públicos subjetivos en cabeza de personas que por su situación deben recibir una protección constitucional especial; en el segundo caso, las prestaciones sociales que

¹²² ARANGO, R., *Democracia social: Un proyecto pendiente*, México, Ed. Fontamara, 2012, p.126

¹²³ *Idem*, p. 127

van más allá del mínimo social necesario para la satisfacción integral de todas las necesidades de la persona considerada un miembro igual en consideración y respeto de la comunidad, son materia de políticas públicas del Estado cuya competencia está atribuida al legislador democrático¹²⁴.” Consecuentemente, la clásica noción de justicia como compensatoria del Estado liberal, entendida como la justiciabilidad de una situación de vulneración del derecho fundamental en una situación de enfrentamiento de intereses (individuo-Estado), debe ampliarse y abarcar también la noción de justicia distributiva, donde se justiciabilice también supuestos en donde no exista conflicto de partes, sino inadecuación a las exigencias de la justicia social.

En conclusión, la justicia compensatoria es el fundamento jurídico-axiológico de los derechos sociales fundamentales mientras que la justicia distributiva constituye un principio axiológico del Estado social de Derecho; el cual, entendido como decisión político-constitucional, condiciona la actuación del poder político. El Estado social entendido como Estado desarrollista, debe abarcar ambos conceptos de justicia para hacer efectivos sus fines.

1.6 La configuración del Estado Peruano como Estado Social y Democrático de Derecho según la Constitución Política peruana de 1993

En la Constitución Peruana de 1993 se establece al Estado peruano como republicano, democrático, social, independiente y soberano. La existencia de un Estado social y Democrático de Derecho se reconoce en la

¹²⁴ *Idem.* P. 128

interpretación conjunta de los art.3 y 43 constitucional. Así ha sido señalado reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

“El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.”¹²⁵

De la forma como el Tribunal Constitucional explica la interrelación de los valores propios del Estado liberal y del Estado social en el seno del Estado social y democrático de Derecho, podemos comprobar que esta característica coincide con el modelo del Estado social desarrollado en el continente europeo a finales del siglo XIX y que fue incorporado en el constitucionalismo social latinoamericano hasta el segundo lustro del siglo XX. Este modelo supone una superación del modelo de Estado liberal al tomar los valores liberales y correlacionarlos con los valores derivados del socialismo. Estos valores conviven y se armonizan pues el Estado social viene a ser un estadio más en el desarrollo evolutivo del Estado:

“En efecto, si bien es cierto que los valores básicos del Estado liberal eran, precisamente, la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación, en todo ámbito, de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal,

¹²⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC. 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre del 2003, FJ.10.

también lo es que «[...] el Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro»¹²⁶.

También destaca la jurisprudencia constitucional que la consideración del Estado peruano como republicano, democrático y social cambia la forma en la que debe entenderse la actividad del Estado, con un rol garantista de la dignidad humana y a la vez, del bienestar social. Respecto a la función social del Estado y su papel como garante de los derechos fundamentales en el constitucionalismo social, ha señalado el Tribunal:

“Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todos los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.”¹²⁷

También han sido desarrollados, a nivel jurisprudencial, los presupuestos del Estado social peruano. Así, se reconoce que, en primer lugar, el Estado requiere de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, para lo cual requiere de la participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal, vinculando a la sociedad en general con los fines del Estado Social. En segundo lugar, exige su identificación con los fines sociales que persigue,

¹²⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0048-2004-PI-TC del 1 de abril del 2005, FJ.1

¹²⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 2016-2004-AA-TC del 5 de octubre del 2004, FJ.15

lo cual debe permitirle reconocer los casos que justifique su intervención y los que exijan su abstención. Esto último significa que el Tribunal Constitucional reconoce un Estado social que garantiza que, en principio, el individuo se desenvuelva libremente, asumiendo por sí mismo sus necesidades e incentivando su autonomía.

“Este Colegiado, al dejar sentado que el Estado Social y Democrático de Derecho es una construcción complementaria del Estado Liberal de Derecho, precisó que: “[l]a configuración del Estado Social y Democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social [...]”¹²⁸

La Constitución peruana de 1993, en su art. 1 señala que la defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Este principio constitucional, a la luz del Estado social, determina que el fin supremo del Estado es la protección de la persona humana, como ser individual y social. En este sentido, el Tribunal ha destacado que la calidad de vida de las personas debe ser preocupación del Estado en su dimensión social, el cual debe diseñar políticas y asignar recursos para satisfacer la dimensión social del ser humano. La República social peruana entonces debe centrar su actividad en la búsqueda de bienestar social el cual debe ser referente de la actividad de todos los poderes del Estado: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

¹²⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0048-2004-PI-TC del 1 de abril del 2005, F.J. 11

“Por su parte, la denominada República Social no es otra cosa que una forma de gobierno que, además de sustentarse en el poder soberano del pueblo, apunta hacia el bienestar social como objetivo de toda decisión. De allí que la existencia del Estado social, bien que implícita, resulta inobjetable en sus alcances, siendo necesario un referente para toda decisión en la que sus componentes o elementos puedan encontrarse en entredicho.”¹²⁹

El Tribunal Constitucional peruano también destaca el principio de solidaridad que inserta la exigencia del Estado social, el cual debe estar presente en toda la actividad de la sociedad peruana, sea pública o privada. A partir del análisis de inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley en materia tributaria, el Tribunal tuvo la oportunidad de señalar que el Estado social de Derecho responde al principio de solidaridad, el cual se encuentra de forma implícita en la Constitución, como derivación de la cláusula de Estado social.

“El objetivo de la denominada “bancarización” es formalizar las operaciones económicas con la participación de las empresas del sistema financiero para mejorar los sistemas de fiscalización y detección del fraude tributario. Tal propósito coadyuva la imposición del ITF, al que, a su vez, como todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con el gasto público, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado social de Derecho (art.43 de la Constitución). Se trata, pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen a la potestad tributaria del Estado y, de otro lado, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el

¹²⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1956-2004-AA-TC del 5 de octubre del 2004, F.J. 15

desarrollo integral y equilibrado de la Nación, mediante la contribución equitativa al gasto social.”¹³⁰

También ha sido preocupación del Tribunal Constitucional dejar sentado que el modelo de Estado social de Derecho no se contrapone ni deslegitima el modelo de Estado liberal de Derecho, sino que lo complementa, al hacer efectivos los derechos individuales de las personas en su contexto social. En efecto, sostiene el TC que el carácter social del Estado no afecta la exigibilidad de los derechos individuales por lo que se posiciona en un lugar intermedio entre las visiones extremistas del liberalismo y del socialismo.

“De un análisis conjunto de los artículos 3 y 43 de la Ley Fundamental ,el Estado Peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho. Es decir, es un Estado que se ubica como opción intermedia entre los fines que por su propia naturaleza buscan el Estado Liberal y el Estado Social, lo que implica que nuestro Estado Constitucional de acuerdo con tales características, no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real”.¹³¹

¹³⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0004-2004-AI-TC del 21 de setiembre del 2004, fj.35

¹³¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 4870-2007-PA-TC del 12 de marzo del 2010, FJ. 41

Así, la presencia de la cláusula de Estado social y los derechos sociales fundamentales le dan un nuevo norte al Estado, el cual debe centrar su actividad en establecer un Estado de bienestar social, donde todos los individuos tengan las mismas oportunidades de autorrealización, absteniéndose de intervenir en el desarrollo de la personalidad individual, pero interviniendo en aquellos casos que lo requieran para garantizar la igualdad de oportunidades:

“El Estado Social y Democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado Liberal, si bien asume los fundamentos de éste, le imprime funciones de carácter social; su pretensión es que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido social. Ello porque en este modelo de Estado, los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues la realización de uno no puede ser sin el concurso del otro. Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, cuya defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución)”¹³².

La comprensión del Estado social de Derecho como superación del clásico modelo liberal de Estado, al imprimir de contenido social a la Constitución, redefine también el contenido de los derechos fundamentales, ya no sólo entendidos como libertades, sino también como exigencias materiales que permitan el desarrollo del individuo en sociedad. Estas necesidades materiales exigen la actuación del Estado de manera que se constituye en su garante:

¹³² SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0048-2004-PI-TC del 1 de abril del 2005, F.J. 4

“Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que la labor que queda reservada al Estado responde, antes que a una teoría jurídico-social de los derechos fundamentales, a una teoría institucional de los mismos. En efecto, la clásica polémica planteada entre los férreos postulados del Estado liberal y del Estado social ha sido superada. Ninguna de las dos posturas, consideradas por separado, permite una cabal comprensión y protección de los derechos fundamentales (...) La persona humana, como titular de derecho, no tiene por qué ser entendida de modo excluyente, como individuo o como miembro de una comunidad, pues ambas concepciones confluyen en ella.”¹³³

Afirma el Tribunal Constitucional que este tránsito de comprender el Estado de uno liberal a uno social de Derecho es aún una tarea inacabada y que llevarla a cabo corresponde a los Poderes del Estado. Compatibilizar entonces, los principios que inspiran el Estado liberal con los principios del Estado social está relacionado con una nueva comprensión de la persona no sólo como un ser aislado, sino como uno inserto en una realidad social determinada. El Estado ha de tomar en consideración la situación de la persona en su contexto social para determinar si esta situación amerita una acción positiva a fin de paliar, dado el caso, una desigualdad fáctica.

“El Estado social y democrático de Derecho, en otras palabras, no niega los valores del Estado liberal, los comparte y los hace suyos, pero, a su vez, los redimensiona en el entendido de que el ser humano no solo requiere contar con una serie de seguridades y protecciones alrededor de sus clásicos derechos de tipo individual y político, sino también satisfacer diversas necesidades derivadas en lo fundamental de la posición o status económicos social que ocupa. En dicho contexto, se trata evidentemente de que el Estado fomente condiciones alrededor de otro tipo de derechos, como los sociales, económicos y culturales, atributos que, a diferencia de los ya mencionados, no se caracterizan por una posición negativa o abstencionista, sino por una posición dinámica y promotora por parte del poder. La

¹³³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0011-2002-AI-TC del 10 de junio del 2002, FJ.11

lógica principalista que justifica este cambio de visión tiene su sustento en la dignidad como valor superior del ordenamiento (art.1 de la Constitución), que, a la par que fundamenta el contenido de cada derecho fundamental, impone al Estado diversas obligaciones tanto de protección como de promoción.”¹³⁴

El Tribunal Constitucional interpreta el Estado social peruano desde la óptica de los Derechos Humanos. Por este motivo, establece que el Estado social y Democrático de Derecho no sólo es definido por el art. 43 sino también por el art.3 que es la norma abierta que incorpora formalmente a la Constitución todos los derechos humanos que pueden derivarse interpretativamente y que encuentran su fundamento en la dignidad del hombre, del principio de soberanía popular, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno. En este sentido, señala como finalidad esencial del Estado el respeto y garantía de los derechos, tanto los individuales, derivadas de la forma liberal de Estado, como los derechos sociales, derivadas del modelo de Estado Social. De este forma, se reconfiguran las obligaciones del Estado con respecto a los derechos, donde no sólo debe elaborar políticas sino también asignar recursos para promover la vigencia de los mismos.

“Actualmente la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida y en esas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado. Dichos postulados propenden la realización de la justicia que avala los principios de dignidad humana y solidaridad y traspasa el reducido marco de la legalidad con el

¹³⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 1956-2004-AA-TC del 5 de octubre del 2004

que se identificaba la noción clásica de Estado de Derecho. Ahora el Estado está obligado a invertir los recursos indispensables para desarrollar las tareas necesarias que le permitan cumplir con el encargo social de garantizar el derecho a la vida, la libertad, la seguridad, y la propiedad privada.”¹³⁵

Otro principio reconocido por el Tribunal Constitucional y vinculado al Estado social y democrático de Derecho es el principio de seguridad jurídica. Este principio tiene que ver fundamentalmente con la garantía jurídico-procesal de los derechos fundamentales. En este sentido, el principio de seguridad jurídica reconoce en los derechos fundamentales no sólo derechos subjetivos sino principios informadores de la Constitución del Estado. Así, el Tribunal ha señalado –reiterativamente- en su jurisprudencia esta doble función de los derechos fundamentales (simultáneas e interdependientes), en el sistema político y social. Por una parte, se individualizan en cada persona como derechos subjetivos y, a la vez, son principios sistemáticos del ordenamiento jurídico y de la política general del Estado.

“Si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente que al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su condición de derechos subjetivos, por la que no sólo protege a sus titulares de injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del Estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico, toda vez que “comportan valores materiales o institucionales sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional”¹³⁶

¹³⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 2945-2003-AA-TC del 20 de abril de 2004, FJ.25

¹³⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 2005-2009-PA/TC, Sentencia del 16 de octubre del 2009, fj.25.

En el modelo de Estado social que define la jurisprudencia constitucional, el principio de acción positiva del Estado constituye un elemento esencial. Este principio fundamenta la discriminación inversa que se encuentra configurado en el art.2 inc.2 (principio de igualdad) y en el art. 103 (sobre leyes especiales) de la Constitución peruana. Esta figura contempla la posibilidad de que el Estado trate de forma desigual a los desiguales, en base a distintas situaciones fácticas (en base a la naturaleza de las cosas), pero proscribire la diferenciación en base a la persona. Entonces, al admitirse la existencia de leyes especiales, se admite también la posibilidad de dos situaciones distintas para los sujetos de derecho. Es decir, aquellos no afectados por las leyes especiales por no encontrarse en la situación fáctica de necesidad, y aquellos afectados por la discriminación inversa.

“Así las cosas, cuando el art.103 de la Constitución Política del Perú prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de las diferencias de las personas”; abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inc. 2 del art.2, según el cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el Derecho y el deber del Estado de; mediante “acciones positivas” o de “discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos.”¹³⁷

Sin embargo, la “discriminación inversa” no será de aplicación general, sino que se exigirá el cumplimiento de ciertos supuestos:

“La primera condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos especiales y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de determinado tipo y no de otro. Asimismo, la

¹³⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0001- 0003-2003-AI-TC del 4 de julio de 2003, FJ.19

existencia de una diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, de viéndose asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados. Se trata pues, de un tema en la doctrina, se conoce con el nombre de “discriminación inversa”, esto es, un caso en el cual se deba realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello, se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización.”¹³⁸

La “discriminación inversa” está fundamentada en el fin social que debe guiar la actuación de los poderes del Estado, en especial la función legislativa. En este sentido, el Tribunal Constitucional a través de la interpretación sistemática de las normas constitucionales (en este caso los art. 2 y el art. 103) formalizó la doctrina constitucional que desarrolló la “discriminación inversa” y la hizo vinculante en la realidad constitucional del Estado peruano. En estos casos, la acción positiva del Estado tiene por finalidad hacer real el principio de igualdad (igualdad fáctica) y considerar los derechos fundamentales como política general de Estado, con especial consideración en aquellos casos en el que la desigualdad fáctica afecte a grupos socialmente disminuidos.

“(…) El análisis de la razonabilidad de la aplicación de reglas de acción positiva se dificulta cuando éstas son tomadas en favor de colectivos y no de individuos. Sin embargo, un criterio de vital importancia que facilita el análisis es la presunción de exclusión social contra determinados colectivos derivadas de las cláusulas específicas de no discriminación previstas en el art. 2 inc. 2 de la Constitución (...) Por lo tanto, las cláusulas específicas de no discriminación cumplen principalmente la función de proteger, endureciendo el juicio de igualdad, a determinados colectivos que, por su historia de subyugación y la minusvaloración social a los que se ven sometidos, no pertenecen al grupo dominante que participa, debate y crea

¹³⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0261- 2003- AA-TC del 26 de marzo de 2003, F.J. 12

normas jurídicas. Pero otra consecuencia que se deriva de dichas cláusulas “(...) se concreta en la convalidación constitucional de las medidas que utilizan dicho rasgo para favorecer a los colectivos socialmente perjudicados, es decir, las acciones positivas, siempre dentro de los límites de la proporcionalidad.” En tal sentido, existe un amplio margen de presunción de constitucionalidad en las medidas que favorecen a los colectivos minoritarios y/o socialmente postergados, que puedan considerarse dentro de estos criterios específicos. Por ejemplo, las mujeres, determinados grupos étnicos, religiosos, extranjeros y de otra diversa naturaleza.”¹³⁹

El Tribunal Constitucional ha enfatizado que existen algunos casos en los cuales es menester que el Estado social actúe de forma garantista, bien para promover el cumplimiento de los derechos fundamentales, bien para establecer condiciones de igualdad entre los desiguales. Se ha manifestado en este sentido al analizar el deber de protección y promoción de la salud (STC 1956-2004-AA-TC del 5 de octubre del 2004), el deber de promoción de la negociación colectiva (STC 0261-2003-AA-TC del 26 de marzo del 2003), sobre el derecho de regímenes pensionarios (STC 0050-2004-AI-TC del 3 de junio del 2005) o para corregir las situaciones de desigualdades materiales entre las partes en los procesos judiciales (STC 0048-2004-PI-TC del 28 de marzo del 2005).

Mención aparte merece la consideración de la economía peruana como una Economía social de mercado, noción directamente relacionada con la consideración del Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una amplísima jurisprudencia. Sin embargo, vamos a analizar la que consideramos trascendental para entender como los principios de la economía peruana son afectados directamente por el modelo de Estado social y el respeto de los derechos fundamentales. Sobre la relación que

¹³⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0050-2004-AI-TC del 3 de junio del 2005, FJ. 25

existe entre el régimen económico peruano y los principios que inspiran al Estado social y democrático de Derecho, ha señalado el Tribunal:

“La exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su *ratio* fundamental, bien puede ser traducida en la expresión contenida en la Encíclica *Mater et magistra*, según la cual: “En materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social. [...]. (Es necesario establecer) un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común”.¹⁴⁰

La Constitución Económica peruana es considerada por los expertos como una Constitución de economía libre, pues, aunque conserva la denominación de “Economía social de mercado”, difiere mucho del modelo económico social de su predecesora, la Constitución de 1979. Recordemos que la Constitución Peruana de 1993 es producto de un Poder Constituyente convocado después del golpe de Estado fujimorista en 1992, donde se disolvió el Congreso y se llamó a un nuevo Constituyente que diseñara un nuevo modelo económico y social. Así, la Constitución Peruana de 1993 diseña un modelo económico neoliberal, garantiza la libre iniciativa privada y el pluralismo económico, aunque mantiene la denominación de “Economía social de mercado”. Esta difícil interrelación de principios de la economía social y la economía neoliberal que insertó el Constituyente del 92 ha dado origen a que el Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones, haya tenido que integrar armónicamente las normas constitucionales que incentivan el

¹⁴⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC. 008-2003-AI-TC del 11 de noviembre del 2003, F.J.12

libre mercado con los fines que persigue el Estado social y Democrático de Derecho.

“En términos económicos, en la precitada ejecutoria nos referimos a una actividad que “[...] debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia [...]”. La Economía Social de Mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y a precios competitivos para los consumidores y usuarios. De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico.”¹⁴¹

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reconocido que en este modelo constitucional económico, el Estado tiene un papel subsidiario y solidario, según el cual se busca el desarrollo pleno de la actividad de los particulares, reduciendo el marco de intervención del Estado cuando se haya desconocido la realidad socioeconómica o de plano, se contravenga directamente el bienestar social. Así, describe el Tribunal Constitucional que la Economía social de mercado diseñada en principio por la Constitución consta de tres elementos: 1) el bienestar social 2) el mercado libre y 3) Estado subsidiario y solidario.

¹⁴¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 0048- 2004- PI-TC del 1 de abril del 2005, F.J.12

“La economía social de mercado está caracterizada, fundamentalmente, por tres elementos:

- ‘Bienestar social’, lo cual debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso (remunerativo y pensionable).

- ‘Mercado libre’, el mismo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y los monopolios.

- ‘Estado subsidiario y solidario’, que importa que se reconozca la existencia de una ‘cláusula general de mandato’ que obliga a la intervención del Estado cuando la realidad socioeconómica se haya desvinculado, o peor aún, contravenga directamente el bienestar social.”¹⁴²

La jurisprudencia constitucional resalta el impacto que tiene la dimensión social de la economía peruana en la actividad empresarial. Destaca que, si bien la Constitución incentiva el libre ejercicio del mercado por agentes privados, esta actividad no debe desconocer la finalidad social del Estado ni sus principios constitutivos como son la solidaridad y la justicia social. En una sentencia referida a la explotación de los recursos naturales por parte de una empresa privada, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad para establecer los límites que, implícitamente, contiene la Constitución respecto a la actividad económica de los agentes privados:

“En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general, se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La

¹⁴² SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0050-2004-AI-TC del 3 de junio del 2005, F.J.44

Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo “social”, se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.”¹⁴³

En la misma sentencia, el Tribunal afirma que la actividad empresarial en el actual marco del Estado social y democrático de Derecho está condicionada a los fines de este, al respeto de las libertades individuales y a los derechos sociales. Reconoce que los derechos individuales que permiten el libre ejercicio de la actividad económica no son absolutos, al contrario, en el constitucionalismo contemporáneo estos deben interpretarse sistemáticamente con las demás disposiciones constitucionales sobre todo, con aquellas que se refieren a la República democrática y social:

“Prima facie, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en

¹⁴³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 0048-2004- PI-TC del 1 de abril del 2005, F.J. 15 y 16

conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario”.¹⁴⁴

En una sentencia respecto a derechos de los consumidores, el Tribunal Constitucional analizó detalladamente las funciones del Estado en la Economía social de mercado, señalando la forma como el Estado interviene para regular las relaciones asimétricas que la economía neoliberal genera:

“En ese ámbito de concurrencia e intercambio autodeterminativo, en donde aparecen de un lado los ofertantes de bienes y servicios y, de otro, los consumidores o usuarios, el Estado cumple plurales funciones, a saber:

a) Reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos.

b) Defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras(...) tal responsabilidad conlleva la aplicación del principio pro consumidor, generando así que en todo acto de creación, interpretación e integración normativa que se efectúe en nuestro ordenamiento, debe operar el criterio de estarse a lo más favorable al consumidor; es decir, a un especial deber de protección.

c) Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, sólo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por inacción o defección de la

¹⁴⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 0048-2004- PI-TC del 1 de abril del 2005, F.J. 17

iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.

d) Formula planes y programas en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos).

e) Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población; la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.”¹⁴⁵

En orden a establecer el rol activo del Estado en la economía peruana, observando el principio de subsidiariedad de la intervención estatal, el Tribunal recalca la importancia de desarrollar políticas legislativas en materia económica y social con el fin de compatibilizar la actividad económica con el bienestar general, en vista que considera que la población representa el fin de la actividad económica estatal. Al legislar sobre materia económica y social, el Estado- sin contravenir los principios de libre iniciativa privada- interviene resguardando los intereses sociales del libre mercado, protegiendo al ciudadano desvalido frente a una realidad económica que le desborda.

“Al respecto, en el caso “Roberto Nesta Brero y más de cinco mil ciudadanos” (Exp. N.º 0008-2003-AI/TC) este Colegiado ha precisado que los consumidores y usuarios -vale decir, la población en su conjunto- representan el fin de la actividad económica. En ese sentido, la culminación del proceso económico tiene como objetivo la satisfacción de necesidades y el acrecentamiento del bienestar general.

En puridad, el mercado se instala dentro de ese “espacio”, donde el objetivo último no es el simple y libre intercambio de bienes y servicios, sino el aseguramiento de la calidad de vida de la población y la transformación de la productividad individual en progreso social para todos.

El establecimiento de las políticas legislativas en materia económica y social implica la determinación de acciones y la preceptuación de derechos y deberes destinados a la obtención

¹⁴⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, EXP. 0018-2003-AI-TC, F.J.2.2

del pleno empleo, la extensión del mercado, el fomento de la inversión, la distribución equitativa del ingreso, la prestación eficaz, eficiente y plenaria de los servicios sociales, el efectivo goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución y la verificación del principio de igualdad en lo atinente a la elaboración y aplicación de la ley; y, singularmente, en lo pertinente a la consolidación de la igualdad real de oportunidades.(...) En ese orden de ideas, el Estado hace uso de su poder legisferante y dicta medidas normativas destinadas al cumplimiento de los objetivos económicos nacionales, concordantes con las expectativas de vida digna de su población”.¹⁴⁶

Finalmente, cabe destacar que el Tribunal Constitucional considera el Estado social de Derecho peruano como un tipo de Estado que apuesta por el desarrollo autónomo del ser humano es base a unos mínimos que debe proporcionar el Estado para garantizar su libre desenvolvimiento. Esta idea de Estado se asemeja a lo que aquí hemos analizado como “Estado social desarrollista”, el cual no es el Estado asistencialista de cuño liberal, sino que es un que apuesta por potenciar las habilidades humanas. Esto se condice con la consideración que no sólo es responsabilidad del Estado tutelar los derechos del individuo sino que el propio individuo es responsable de ejercer sus derechos correctamente. Sobre esto ha manifestado el Tribunal Constitucional, en un caso referente a la pensión de orfandad para mayores de edad que continúen cursando estudios:

“En efecto, el deber del Estado de promover la educación, coadyuvando económicamente al educando al permitirle gozar de la pensión de orfandad a pesar de haber cumplido mayoría de edad, exige como contrapartida, el deber del beneficiario de mostrar un especial esfuerzo en la culminación exitosa de sus estudios. Objetivo vital del Estado social y democrático de derecho es el redimensionamiento de las conductas humanas, a fin de obtener compromisos de acción y no solo de omisión

¹⁴⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, EXP. 0018-2003-AI-TC, F.J.2.2

con los principios y los derechos sociales. Si bien, por antonomasia, tal compromiso es exigible a los poderes públicos, también recae en los propios particulares, máxime si se trata de los supuestos de su propio bienestar.”¹⁴⁷

Después de analizar al Estado peruano configurado como un Estado social y democrático de Derecho, no nos queda más que afirmar que el modelo de Estado social diseñado por la Constitución peruana de 1993 coincide con aquel que hemos desarrollado teóricamente en este capítulo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano le ha aportado a la cláusula jurídica enunciada en la Constitución de un sustento teórico acorde a los desarrollos dogmáticos de este modelo de Estado. Es así como la finalidad social, los valores jurídicos-sociales y el contenido de derechos sociales fundamentales han sido definidos por el Tribunal como las características principales del Estado social peruano. Por otro lado, no nos debe confundir la inclusión de una “Economía social de mercado” que en poco se parece al Estado de Bienestar europeo de los años 60. Como se ha analizado, este modelo económico está más vinculado a una simbiosis entre economía neoliberal y Estado social, que el Constituyente de 1992 quiso compatibilizar en sus rasgos elementales.

No nos queda duda que el modelo de Estado social diseñado por la Constitución de 1993 y desarrollado exhaustivamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es lo que aquí hemos denominado como Estado social desarrollista; esto es, un modelo de Estado social que apuesta por el desarrollo personal del individuo en su ambiente social, dotándole de herramientas para potenciar sus capacidades. A pesar de su desarrollo jurisprudencial, el modelo de Estado social desarrollista aún no ha penetrado en la actividad política estatal peruana que aún lo entiende como un Estado de tipo asistencialista. Desde aquí, consideramos que es necesario que se

¹⁴⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° 0050-2004-AI/TC (acumulados) del 3 de junio del 2005, fj. 154.

consolide en la práctica estatal lo que ya desde hace algunos años viene desarrollándose en el campo jurisprudencial para alcanzar los fines propios del Estado social y consolidar los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales, exigibles y justiciables.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL PERUANO

2.1 Introducción al capítulo

En este capítulo, nos centraremos en el análisis del tratamiento de los derechos sociales en la Constitución Peruana de 1993. Para ello, consideramos de vital importancia el análisis del concepto de “derecho social”. Aquí analizaremos como se ha construido el concepto, sus antecedentes, sus fundamentos materiales así como su estructura normativa.

En la teoría jurídica-constitucional, los derechos sociales han sido conceptualizados de múltiples maneras, dependiendo del elemento que se haya resaltado para su conceptualización. En vista a las diversas posturas en torno a la construcción de este concepto, consideramos necesario analizarlo minuciosamente para poder así adoptar los elementos para una

conceptualización propia a los fines de nuestra investigación. Esto equivale a decir que en este capítulo, se adoptará una postura propia sobre el concepto de derechos sociales que se manejará a lo largo de la investigación, con el único objetivo de la comprobación de nuestra hipótesis. En un segundo momento, se procederá a contextualizar el concepto en la realidad de la Constitución Peruana de 1993. Se observará si los elementos conceptuales que definen a los derechos sociales extraídos del análisis teórico se corresponden con los elementos descritos por esta Carta Constitucional de 1993. Esto con la finalidad de entender que es lo que se entiende por “derechos sociales” en el constitucionalismo peruano.

Finalmente, es importante señalar además que aquí se utilizará indistintamente el concepto de “Derechos sociales fundamentales” y “Derechos sociales constitucionales”. Esto en razón a que el primer concepto es utilizado por la teoría jurídica-constitucional para referirse a los derechos sociales positivizados a nivel constitucional, mientras que el segundo concepto es el *nomen iuris* que la doctrina constitucional peruana ha otorgado a los derechos sociales positivizados en la Constitución Peruana de 1993. Aunque, evidentemente, no exista diferencia entre ambos conceptos, el último es el que ha utilizado el Tribunal Constitucional Peruano para referirse a estos derechos.

2.2 Del asistencialismo al reconocimiento constitucional: Un siglo de historia de los derechos sociales

Los derechos sociales son reconocidos por la doctrina mayoritaria como derechos fundamentales y se encuentran contemplados en numerosas Constituciones y Tratados internacionales en el mundo entero. Este

reconocimiento nacional e internacional es fruto de un incesante y complejo camino que se inició con la lucha de los sectores más vulnerables de la sociedad por el reconocimiento de la libertad fáctica y la justicia social. En efecto, la consagración de los derechos sociales supuso la superación de diversos pasos previos, tanto desde la formación de un concepto propio, como de su elaboración normativa. En ese sentido, PECES- BARBA expresa que “muchas ideas latentes o depositadas en el marco de la cultura, en este caso de la política y jurídica, aparecen con fuerza en un momento dado, lo que no puede explicarse desde las mismas ideas, sino desde el conjunto de condiciones que provocan esa incidencia y que son como catalizadores sociales de su eficacia.”¹⁴⁸

En el caso de los derechos sociales, es posible encontrar ideas y doctrinas que pueden ser consideradas como antecedentes que han contribuido- junto a otros elementos y en un contexto histórico determinado- a la construcción de su concepto. Esto es a lo que PISARELLO se refiere como la “prehistoria de los derechos sociales” en lo que se refiere a políticas estatales dirigidas a resolver situaciones de indigencia y exclusión social, de subsistencia y de seguridad material. Aquí nos referimos al periodo comprendido desde la contemplación de políticas públicas para beneficiar a los indigentes o el apoyo para el acceso igualitario a la educación en la polis griegas hasta la distribución de la tierra, la asistencia a las clases desfavorecidas y el establecimiento de mecanismos frecuentes de participación y control de las asambleas legislativas en las colonias norteamericanas, donde se encontraron estas directrices sociales en diferentes Cartas constitucionales de la Unión americana y reflejaron experiencias avanzadas de democracia agraria¹⁴⁹. Todo este periodo histórico en el cual los pueblos demostraron un interés por proteger a la fracción más desfavorecida de su población, gestó lo que ya con las revoluciones sociales del siglo XIX constituirían exigencias al

¹⁴⁸ PECES- BARBA MARTINEZ, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica” en MARIÑO MENÉNDEZ, F. Y FERNANDEZ LIESA, C. (COORD.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p.7

¹⁴⁹ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, *op.cit.*, p.11- 19

Estado y lo que en el siglo XX se convertirían en derechos reconocidos constitucionalmente.

Pero no sólo las políticas públicas estatales han constituido antecedentes de estos derechos. Aún más importantes han sido las ideas y doctrinas que han nutrido históricamente la cultura universal, aportando la carga axiológica-valorativa que actualmente están presentes en los derechos sociales. Al respecto, es posible encontrar antecedentes de los derechos sociales en diversas culturas antiguas occidentales que propugnaron valores como la igualdad y la solidaridad, como el caso de Grecia y los valores cristianos. Siglos después, en la colonización europea en América, se propugnaron también ideas que tuvieron como fundamento el amor al prójimo, la justicia social y la solidaridad que son piedra angular de los derechos sociales. Es el caso de los franciscanos Francisco VITTORIA y Bartolomé de LAS CASAS quienes defendieron los derechos de los indios americanos colonizados y plantearon la idea de la dignidad de todas las personas.¹⁵⁰

Sin embargo, los primeros antecedentes normativos de los derechos sociales no aparecieron hasta el Medievo europeo, específicamente en Inglaterra, con la Carta Magna de 1215. Es importante advertir que, aunque la Carta no estaba dirigida a desarrollar derechos sociales, constituyen los primeros antecedentes de su categoría genérica, los derechos fundamentales¹⁵¹. Los derechos reconocidos en este documento fueron el fruto del reconocimiento por parte del Rey Juan sin Tierra a las pretensiones de la nobleza donde se

¹⁵⁰ Otros juristas representantes del iusnaturalismo ontológico fueron Francisco SUAREZ Y Gabriel VÁSQUEZ, exponentes de la denominada Escuela Española. (PEREZ LUÑO, A., *Derechos humanos...*, *op.cit.*, pp. 116.)

¹⁵¹ Sobre el art. 39 de esta Carta, ha señalado Kriele: “Esta fórmula se convirtió en madre de todos los derechos fundamentales: La protección contra la detención y la persecución penal arbitrarias, es el derecho fundamental originario, la raíz de la libertad. Pues sin este derecho fundamental el hombre está permanentemente amenazado; todo tipo de expresión o actividad espiritual, política, religiosa o de otro tipo puede costarle la libertad personal; el miedo lo obliga a cerrar la boca. Un soberano es siempre sinónimo del terror, aun cuando maneja su poder con medida y con justicia; el súbdito vive con miedo y sin dignidad humana porque nunca puede estar seguro. La protección contra la detención arbitraria es, pues, no sólo históricamente, sino también materialmente, la madre de todos los derechos fundamentales.” (KRIELE, M., *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p.209.)

concedían privilegios feudales establecidos a través de acuerdos particulares, de forma contractual. Progresivamente, estos privilegios reconocidos a una minoría política se generalizan en un proceso de conquistas en que los derechos asegurados a unos pocos dentro del marco del derecho privado pasan a ser libertades generales dentro del marco del derecho público. Este proceso culmina con el establecimiento de tres documentos: la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y la *Bill of Rights* de 1689. También en España existieron antecedentes normativos de los derechos sociales, aunque estos tenían un tinte asistencialista. Entre ellos cabe mencionar el Pacto celebrado en las Cortes de León de 1118 entre Alfonso IX y el reino y el privilegio otorgado por Pedro III en las Cortes de Zaragoza de 1283.¹⁵²

Los antecedentes de los derechos sociales hunden sus raíces en los orígenes de la historia del hombre en sociedad. Sin embargo, sus antecedentes normativos, es decir, los derechos sociales como construcciones normativas, sólo pueden tener origen en el seno de la doctrina de los derechos humanos, concepto histórico propio de la época moderna¹⁵³. En efecto, los derechos humanos como conceptos normativos tienen como primeros antecedentes las declaraciones iusnaturalistas del siglo XVIII.

2.2.1 *El nacimiento de la doctrina de los derechos humanos*

¹⁵² PEREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, *op.cit.* p.111.

¹⁵³ “Los derechos humanos nacen en un contexto determinado, en el tránsito a la modernidad, con la aparición del Estado, con los orígenes de la economía capitalista en un marco cultural secularizado, individualista, racionalista y naturalista, y lo hacen a partir del gran debate sobre la tolerancia.” (PECES- BARBA, G, “Pasado y futuro de los derechos humanos” en VV.AA., *Consolidación de Derechos y Garantías: Los grandes retos de los derechos en el siglo XXI*, Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.)

La consagración de los derechos humanos como derechos fundamentales y de vocación universal data del siglo XVIII con dos grandes eventos que- según los historiadores- marcaron el nacimiento de la era moderna. Se trata de la independencia de Norteamérica, con la Declaración de Derechos del Buen pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración de la Independencia y- al otro lado del Atlántico- la Revolución Francesa, el otro hito histórico y político que culminó con el texto que consagró por primera vez los derechos civiles y políticos con vocación universal: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En el texto de estos documentos aparece todo un nuevo lenguaje político-jurídico. Surgen, por primera vez, los conceptos de “derechos”, “libertades”, “poder”, “ley” y “ciudadano” que rompen esquemas respecto al *ancien régime*, buscando eliminar los privilegios existentes y proclamar la igualdad de derechos entre todos los hombres. Se construye, siguiendo la idea de GARCÍA DE ENTERRÍA, una “lengua de los derechos”.¹⁵⁴

Evidentemente, la concepción antropocéntrica del Humanismo- la corriente filosófica que inspiró las revoluciones del siglo XVIII- estaba presente en la redacción de estos textos. Así la universalidad, el iusnaturalismo y el contractualismo dieron sentido y unidad al espíritu de estas Declaraciones, las cuales constituyen el surgimiento de la nueva doctrina de los derechos humanos. Denotan, sobre todo, una evidente inspiración individualista de la persona.¹⁵⁵ Señala BOBBIO que la Declaración Francesa es “todavía más intransigentemente individualista que la americana.”¹⁵⁶

¹⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Civitas, 2001.

¹⁵⁵ La sección primera de la Declaración de Virginia denota una aspiración universal al proclamar: “Que todos los hombres son por naturaleza libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos...”. Por otro lado, el carácter iusnaturalista y contractualista se encuentra en el art. 2 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 el cual expresa que “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”.

¹⁵⁶ “Las dos declaraciones parten de los hombres singularmente considerados; los derechos que proclaman pertenecen a los individuos tomados de uno en uno, que los poseen antes de entrar en cualquier sociedad. Pero mientras la “utilidad común” es invocada en el documento francés únicamente para justificar eventuales “distinciones sociales”, las cartas norteamericanas hacen casi

En este contexto de revolución liberal, sostiene DE CASTRO CID que es posible detectar una verdadera preocupación social donde incluso se encuentran reconocidos derechos sociales como el derecho al trabajo, a la asistencia social y a la educación. En este sentido, los derechos sociales tendrían un primer origen normativo en el momento mismo del nacimiento de los derechos civiles y políticos.¹⁵⁷

Como consecuencia del cambio de mentalidad de la época, donde el nuevo centro de la actividad política, económica y social era el hombre individualmente considerado, los teóricos debieron buscar un nuevo modelo de Estado que reemplazara al fenecido régimen absolutista. En efecto, diversos pensadores políticos desarrollaron teóricamente lo que sería la doctrina del Estado de Derecho.

En el capítulo anterior hemos hecho referencia a la construcción de este modelo de Estado. Sin embargo, acá cabe retomar la posición de LOCKE en *Dos ensayos sobre el gobierno civil* donde defiende la posición central del liberalismo político de que el Estado solo tiene como función la de asegurar al individuo la posibilidad de ejercer por si mismo los llamados derechos de libertad. Su rol se reduce al resguardo de la sociedad de las amenazas a la seguridad de agentes internos o externos.¹⁵⁸ En este sentido, la primera concepción de *Estado de Derecho* tiene como fundamento la defensa de los derechos liberales y del principio de división de poderes.

todas referencia directa al fin de la asociación política que es el common benefit, el good of the whole o el common good.” (BOBBIO, N., “La revolución Francesa y los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 136.)

¹⁵⁷ “Parece razonable, por tanto, entender que en esas referencias no solo está presente una intensa preocupación social, sino que están también ya nuclearmente contenidos derechos tan representativos como el derecho al trabajo, el derecho a la asistencia pública, y el derecho a la educación. Y, en consecuencia, es legítimo afirmar que el proceso de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales se había iniciado ya desde la primera fase de efervescencia del gran impulso regenerador desencadenado por la revolución francesa, incluso en los primeros pasos de la misma.” (DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Universidad de León, 1993. pag.50)

¹⁵⁸ LOCKE, J., *Dos ensayos...*, *op.cit.*

En efecto, como derechos fundamentales de la naciente noción de *Estado de Derecho* se entienden los derechos que derivan del concepto de libertad burguesa tales como el derecho de propiedad, el derecho de libertad personal, la libertad de industria y contractual. El principio de legalidad asume un rol protagónico. Como señala SCHMITT: “El Estado burgués de Derecho se basa en el imperio de la Ley”.¹⁵⁹ Pero no se trata de un estricto apego a la letra de la ley, sino que además deben observarse el principio liberal y el de división de poderes.

2.2.2 La “Cuestión social”¹⁶⁰: El surgimiento de los derechos sociales¹⁶¹

En el proceso evolutivo de los derechos fundamentales, los derechos sociales surgen como una respuesta a las exigencias de tutela estatal a favor de los sectores más vulnerables de la sociedad quienes- en el momento histórico preciso en el cual surgen tales construcciones normativas- sufrían las consecuencias del establecimiento de un Estado liberal-individualista, consecuencia de las revoluciones liberales del siglo XVIII. Se dice que la historia moderna de los derechos sociales se sitúa en un “largo siglo” que se inicia con las grandes revoluciones sociales de mediados del siglo XIX, se explaya intensamente en el último tercio de ese siglo y se estabiliza tras la segunda posguerra del siglo XX.

¹⁵⁹ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 149.

¹⁶⁰ Como “cuestión social” era conocida la consigna con la cual los pensadores socialistas de finales del XIX e inicios del XX buscaban la reforma social en Europa Occidental. En este sentido sostenían el desplazamiento del constitucionalismo liberal por el constitucionalismo social. “Este modelo de constitucionalismo se construirá sobre la idea de impedir las relaciones de dependencia personal propias del capitalismo en sus múltiples variantes históricas, al hacer posible al individuo el máximo de libertad real que sea posible, y a la comunidad el máximo de justicia realizable en cada momento; una Constitución entendida de un modo social- y no meramente económico- exige tener presente, si ha de ser realmente social, la pluralidad de los elementos esenciales a la sociedad contemporánea.” (MONEREO PÉREZ, J.L., *Fundamentos doctrinales...*, *op.cit.*, p.146.)

¹⁶¹ El presente sub-capítulo es una adaptación para la tesis de un artículo publicado en el año 2007 por la autora (AGUILERA, R., Y ESPINO, D., *Fundamentos...*, *op.cit.*)

En un principio, la revolución liberal significó la construcción de una nueva forma de Estado fundado en el establecimiento de garantías y mecanismos de protección a la libertad personal. Desde esta perspectiva, el Estado era considerado un mal necesario al que debía someterse a fuertes límites y fuertes restricciones: era considerado un simple medio del hombre a fin que este realice sus fines, por lo tanto se debía limitar su intervención en la esfera de libertad individual, idea expresada en el principio “*laissez faire, laissez passer*”, donde la preocupación principal es el hombre y su libertad, sacrificando para ello la actividad estatal¹⁶².

Si bien es cierto que el Estado liberal-individualista fue constituido con el fin de garantizar la esfera de libertad individual del hombre, esta libertad desbordante tutelada por el Estado burgués permitió que- en su nombre- se ultrajara una de las bases de la democracia: la igualdad entre los hombres, es decir, la igualdad filosófica en la libertad. De esta manera, el Estado vigilante de los derechos liberales descuidó en el fondo, el derecho tal vez más importante de la humanidad: la igualdad, que al lado de la libertad, forman el pensamiento filosófico-jurídico de la democracia.¹⁶³

En efecto, la iniciativa capitalista burguesa auspició que la clase burguesa abusara de su poder económico y político en agravio del sector social obrero más frágil y vulnerable. Así, el Estado liberal-individualista no buscó garantizar las relaciones sociales que serían consecuencia de esa nueva percepción de Estado y se convertiría en un medio instrumental del cual se valdrán los burgueses para defender su propiedad privada e incluso instrumentalizar el trabajo ajeno. Al respecto, BOCKENFORDE afirma que: “Las garantías jurídicas de libertad, persistiendo como tales, se convirtieron así para un número creciente de ciudadanos, sobre todo para los

¹⁶² AGUILERA, R. y ESPINO, D.: “Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del Estado Social de Derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 10, 2006/2007.

¹⁶³ GALINDO CAMACHO, M., “La Constitución mexicana de 1917 como modelo de la evolución del Derecho Constitucional de los países iberoamericanos” en *Memorias del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional T.I. México* Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 1987, PP.152.

asalariados, en formulas vacías al carecer de los presupuestos sociales (de posesión y educación) para su realización; la acumulación de posesión se configuró como la nueva estructura de poder de y en la sociedad.”¹⁶⁴

Esta nueva situación de injusticia engendrada por el establecimiento de un Estado de exclusión social trajo consigo la respuesta de los desfavorecidos socialmente quienes lucharon por la reivindicación de sus derechos, la erradicación del decimonónico Estado burgués liberal y el establecimiento de un nuevo modelo de Estado basado en los principios de igualdad, solidaridad y justicia social, que contemplara su protección y la satisfacción de sus necesidades básicas.

Las críticas al Estado liberal fueron sustancialmente, críticas a sus presupuestos epistemológicos y políticos, a su falta de sentido histórico y su incompreensión de la realidad social. Así, frente a los conceptos racionalistas de derechos y libertad formales, se oponen las libertades e igualdades reales. En oposición al ser humano abstracto y etéreo de la historia (sujeto trascendental kantiano), se opone el ser concreto, instalado en determinadas circunstancias sociales (sujeto social marxista).¹⁶⁵En consecuencia, se produce un punto de inflexión epistemológico y antropológico que marca el inicio de un nuevo fundamento jurídico en la naturaleza de estos derechos fundamentales. Desde este punto de vista, los derechos sociales “no llevan aparejada una justificación proyectada en la naturaleza de los hombres, sino en sus relaciones sociales y en las nuevas estructuras de las misma”.¹⁶⁶

Entre las distintas doctrinas políticas-sociales que aportaron a la construcción del ideario de los derechos sociales como derechos humanos encontramos

¹⁶⁴ BOCKENFORDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p.74.

¹⁶⁵ FERNANDEZ-MIRANDA, A., “El Estado Social”, *op.cit.*, p. 36 Para el desarrollo histórico y doctrinal constitucional puede constituirse la obra de GONZALEZ MORENO, B., *El Estado social...*, *op.cit.* En este sentido, podemos ver una fuerte inversión de la filosofía jurídica hegeliana que antepone el espíritu a la materia en oposición a la filosofía jurídica marxista. Cómo planteaba MARX: "No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino que es el ser social-la sociedad- el que determina la conciencia del hombre".

¹⁶⁶ DE ASÍS, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, pp. 91 y 95.

al socialismo democrático¹⁶⁷ y la doctrina social de la Iglesia Católica. Respecto a la importancia de esta última, en la encíclica *Rerum Novarum*, del año 1891, el papa LEÓN XIII expresó la necesidad de asumir de otra manera los derechos humanos. En primer lugar, con una nueva forma de entender los derechos civiles, resaltando la importancia del ejercicio social de la propiedad¹⁶⁸. En segundo lugar, afirmando el carácter social del salario y reivindicando la protección de los trabajadores, especialmente mujeres y niños.¹⁶⁹ Con la doctrina social de la Iglesia, esta Institución buscaba incorporar a su discurso la “cuestión social”, adaptando su doctrina a las exigencias de la nueva sociedad industrial del siglo XIX.

Es aún discutido en la doctrina el momento exacto del surgimiento de los derechos sociales en los textos jurídicos positivos. Algunos autores mencionan que los primeros brotes del nuevo constitucionalismo social se encuentran en las Cartas constitucionales de las primeras ex colonias norteamericanas, las cuales reflejaron una preocupación por las clases más desfavorecidas y vulnerables y una avanzada experiencia en democracia agraria y redistribución de tierras.

Sin embargo, para otros autores resulta más evidente el influjo que para el constitucionalismo social tuvo el hecho que la *Declaración Universal del hombre y del ciudadano* colocara al inicio de la Constitución francesa republicana de 1793 una primitiva formulación de los derechos del actualmente considerado Estado social tales como el trabajo, la asistencia social y la instrucción, los que debían estar al alcance de todos los ciudadanos. Estos derechos, por su parte, encontraban como último mecanismo de tutela la “garantía social” que consistía en “la acción de

¹⁶⁷ GARCÍA MANRIQUE, R., « Socialismo y Derechos Fundamentales » en AAVV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, Vol.3., Madrid, Dikynson, 2008, pp. 589- 614.

¹⁶⁸ Es necesario aclarar que en la citada encíclica también se rechaza la pretensión de poner fin a la propiedad privada, reafirmando su carácter divino. (LEÓN XIII, *La rerum Novarum*, Torino, Società Editrice Internazionale, 1929, pp. 5-11 y 24-26. Citado por BUSTOS, R., *Exigibilidad judicial...*, *op.cit.*, p.86)

¹⁶⁹ *Idem*, p.50-52

todos para garantizar a cada uno el goce y conservación de sus derechos”¹⁷⁰ y el derecho-deber de insurrección en caso que el gobierno los violara. En esta Constitución- que no entró jamás en vigencia a causa de la guerra- el reconocimiento de los derechos sociales puso en entredicho el carácter inviolable de la propiedad privada y se vinculó de manera explícita a la aplicación de los derechos de participación. DEL VECCHIO¹⁷¹ señala que este instrumento pretendió “proteger el valor de la persona humana en todas sus manifestaciones individuales y sociales, estando al margen de un individualismo excesivo ni abierto al socialismo”.

Otro considerable sector de la doctrina constitucional encuentra la génesis de estos derechos en el constitucionalismo occidental de mediados del siglo XIX. Como consecuencia de la convergencia de la ideología liberal-capitalista y de la Revolución industrial, situaciones que provocaron el abuso y sobreexplotación de la clase obrera, se produjo una infatigable “revolución social” cuya máxima era una intensa búsqueda de reivindicación de los derechos sociales de la clase proletaria frente a los derechos individualistas de la burguesía liberal, llegando a su máxima expresión en la *Declaración Rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado de 1918*.¹⁷² En este contexto, *el Manifiesto del Partido Comunista*¹⁷³ constituyó la más dura crítica al Estado Liberal de Derecho surgido de las Revoluciones del siglo XVIII y

¹⁷⁰ Sobre este interesantísimo mecanismo de garantía regresaremos más adelante en el capítulo IV de esta tesis.

¹⁷¹ DEL VECCHIO, G., *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dans la Révolution Française*, Ed. Nagard, Roma, 1979, p. 26. Citado por DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos...*, *op. cit.*, p.51

¹⁷² Esta revolución significa para los rusos, el surgimiento del primer Estado de obreros y campesinos del mundo según lo establece el Art. 1º de la Constitución Rusa de 1936 y la construcción de las bases del socialismo en la URSS. (ELSTER, J., *Making Sense of Marx*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.)

¹⁷³ *El Manifiesto del Partido Comunista* escrito por MARX y ENGELS como *Programa de la liga de los Comunistas*, se publicó por primera vez en Londres en febrero de 1848. En ella se establecieron los fundamentos y el programa del proletariado. “Esta obra expone, con una claridad y una brillantez geniales, la nueva concepción del mundo, el materialismo consecuente aplicado también al campo de la vida social, la dialéctica como la más completa y profunda doctrina del desarrollo, la teoría de la lucha de clases y el papel revolucionario histórico mundial del proletariado como creación de una sociedad nueva, comunista.” (LENIN, V., “Estado y revolución”, en *Obras escogidas*, vol. 2, México, Progreso, 1966, p. 265. También KELSEN, H., *Teoría comunista del derecho y del estado*, trad. Alfredo J. WeisS., Buenos Aires Emecé Editores, 1957.)

edificado sobre el derecho absoluto e incuestionable a la propiedad privada de los medios de producción,¹⁷⁴ que engendró explotación e injusticia social.

Paralelamente al *Manifiesto Comunista*, se produce en Europa una nueva tentativa de reconocimiento constitucional de esta “nueva generación” de derechos, a través de la Constitución Francesa de 1848 la cual consignaba como deberes del Estado, la protección al trabajo y la instrucción. Así, la *Constitución de Noviembre* no pudo ignorar la “cuestión social” tras la insurrección de junio de 1848 y estableció en su Preámbulo el deber de la República de asegurar “la asistencia a los ciudadanos necesitados, bien procurándoles un trabajo, en los límites de sus posibilidades, bien otorgando, en defecto de la familia, asistencia a los que no están en situación de trabajar¹⁷⁵”. Al respecto, señala PISARELLO que más que un verdadero derecho, lo que consagra esta Constitución era un deber sin sujetos obligados, pues visto desde la perspectiva liberal conservadora, para consagrar el derecho al trabajo, el Estado debía de ser propietario de todas las industrias y ser el obligado principal o, en el caso de que los obligados fueran los particulares, era necesario un Estado fuerte y capaz de frenar o acelerar la producción genérica de regular la caridad pública que no venía aparejada de una limitación al derecho de propiedad o a una obligación de progresividad fiscal.¹⁷⁶

Con todo, el *Manifiesto Comunista* de 1848 y el primigenio intento de la Constitución Francesa del mismo año de incluir las nuevas exigencias sociales fueron tal vez el punto de inflexión en la historia de reivindicación y reconocimiento de los derechos sociales que se proyectaría en el nuevo siglo y los antecedentes más próximos del reconocimiento constitucional de los

¹⁷⁴ Fue sobre todo, una crítica a los derechos individualistas típicos de la burguesía liberal los cuales establecieron un Estado liberal de Derecho excluyente y desigual a nivel socioeconómico; en el cual se había previsto las libertades individuales, dejando de lado las necesidades sociales de la parte más desfavorecida de la sociedad. Sobre esto ver: MARX, K., *Crítica a la filosofía del Estado de Hegel*, trad. Marthe Harnecker, México, Siglo XXI, 1975. También HABERMAS, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, trad. Jaime Nicolás Muñiz y Ramón García, Madrid, Taurus, 1981, p. 89.

¹⁷⁵ CONSTITUCIÓN DE LA II REPÚBLICA FRANCESA, Preámbulo, proclama VIII.

¹⁷⁶ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, *op.cit.*, p.24

derechos sociales; a través del surgimiento del Constitucionalismo social y por ende, del Estado Social de Derecho.

Desde nuestro punto de vista, la constitucionalización de los derechos sociales se concretiza a principios del siglo XX. Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, se produce un nuevo giro en el constitucionalismo. Los movimientos sociales del siglo XIX y el crecimiento económico acelerado que se produce en los primeros años del siglo XX obligan al Estado a replantear su razón de ser, orientándose al reconocimiento de una mayor intervención en la vida social. Junto a la creación y al fortalecimiento de garantías para las libertades individuales, surge el establecimiento de las libertades-participación, las cuales obligan a un Estado-protector a intervenir en la vida social y política¹⁷⁷.

Así, los derechos sociales son reconocidos y garantizados por el nuevo Estado-protector el cual, no solo participa como árbitro en las relaciones capital-trabajo sino que planifica y regula la cultura y la familia, imprimiendo fuertes restricciones a los clásicos derechos liberales a favor de un progresivo bienestar social. Es en este preciso momento histórico donde surge, a decir de GONZÁLES MORENO: "(...) la ola de constitucionalización de los derechos sociales, extensión de la democracia, ampliación de los derechos fundamentales y tecnificación del aparato constitucional, que se inicia durante la Primera Guerra Mundial y se acentúa con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial"¹⁷⁸.

Fue la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 la que proclamó por primera vez los derechos a nivel constitucional sobre bases no liberales.¹⁷⁹ Recogió los principios políticos fundamentales de su predecesora- la Constitución mexicana de 1957- y ratificó los principios políticos de soberanía popular, derechos del hombre, división de poderes y forma federal de

¹⁷⁷ DUVERGER, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Presses Universitaires de France, Paris, 1963. p.201

¹⁷⁸ GONZÁLES MORENO, B., *El Estado social...*, op.cit, p.83.

¹⁷⁹ FREIXES SAN JUAN, T., *Constitución y Derechos fundamentales*, PPU, Barcelona 1992, p.35.

Estado. Sin embargo, este nuevo documento produjo una verdadera revolución en la doctrina constitucional respecto a las funciones del Estado y Derechos Humanos, pues fue la primera en el mundo en incorporar derechos sociales en los artículos 3° (libertad y gratuidad de enseñanza primaria), art. 27° (reforma agraria), art. 123° (materia laboral) y el 130° (laicidad del Estado), transformando el constitucionalismo mexicano de un netamente liberal a otro con fuertes directrices sociales, donde el Estado tenía el deber de promover y dirigir el desarrollo de la nación.¹⁸⁰

Dos años después es proclamada la Constitución de Weimar de 1919 la cual supone un cambio radical en el funcionamiento del Estado y representa el tránsito de las Constituciones del siglo XVIII a las Constituciones modernas, donde no solo se reconocen y garantizan las libertades individuales sino que también se busca que el Estado- mediante una función intervencionista- haga reales y efectivos los derechos basados en la solidaridad y justicia social.¹⁸¹ Analizando la Constitución de Weimar desde una perspectiva jurídica-formal, se comprueba que el legislador buscó formular los derechos fundamentales de carácter liberal con precisión, y a la vez, insertar una completa regulación normativa de carácter social. La cuestión que provocó el fracaso de esta Constitución fue, además de la crisis económica y el grave desempleo de los años 20, el afirmar que se trataban de formulas programáticas que carecían de significación concreta y que no tenían carácter vinculante para el legislador del Reich.¹⁸²

¹⁸⁰ DE LA MADRID, M., “Las grandes tendencias del constitucionalismos mexicano”. Ponencia presentada en el congreso “*México y sus instituciones*” organizada por el Archivo General de la Nación, México, 14 de Mayo de 1997.

¹⁸¹ CAMARGO, P., *Manual de Derechos Humanos*, Bogotá, Ed. Lexus, 2001, p.53

¹⁸² ABENDROTH, W. “El Estado democrático y social como proyecto político” en *el Estado Social*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp.19. La Constitución de Weimar como todos sabemos, fracasó. Una de las razones fundamentales de su fracaso se debió a que sus proposiciones fueron consideradas programáticas sin valor vinculante. Existía una evidente escisión entre las amplias proclamaciones sociales de la Carta magna y el fundamento del poder político. La influencia del filósofo político y jurista Carl SCHMITT fue importante. Se le atribuye la principal responsabilidad en el fracaso de la dimensión social del *socializer rechtsstaat* propugnado en Weimar pues interpretó la Constitución desde su conocido divisionismo político, definiendo la irrelevancia jurídica de la fórmula del Estado social y señalando que eran carentes de contenido, no susceptible de interpretación y reducida a simple compromiso formal. (SCHMITT, C., *Teoría ...*, *op.cit*, pp.110 y ss.).

También la Constitución Rusa de 1936 fue otro texto realmente innovador en el terreno de los derechos sociales pues, en lugar de proclamar estas últimas en una Declaración o en un Preámbulo- distinto al documento en el que se describen y disponen los poderes públicos- la Constitución soviética de 1936 las integró en el mismo texto constitucional, soldando así con más fuerza la Constitución política y la Constitución social. Además resultó novedoso que al lado de las libertades tradicionales aparezcan los derechos sociales, ejemplo que será seguido posteriormente por las Constituciones occidentales. Finalmente, al igual que la Constitución de Weimar, constituyó también una Constitución programática.¹⁸³

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, una gran cantidad de Estados diseñaron sus nuevas Constituciones e incorporaron en ellas a los nuevos derechos sociales. Entre los textos constitucionales que consagraron derechos sociales en ese periodo destacan las Constituciones Francesas de 1946 y 1958 y la Constitución Italiana de 1947. En el caso de la República Federal Alemana, su Carta Constitucional no estableció derechos sociales pero la jurisprudencia los ha reconocido a través de la interpretación de la cláusula de Estado Social. En España, la Constitución de 1978 consagró una extensa lista de derechos en el capítulo III del Título I denominado “De los principios rectores de la política social y económica”.

En América Latina, este reconocimiento se dio incluso después de la primera posguerra como es el caso de la Constitución de Chile de 1925, la de Perú de 1933 y las Uruguayas de 1934, 1938 y 1942; mientras las Constituciones de Argentina de 1946 y Brasil de 1949 se dieron posteriormente. En el caso peruano, la actual Constitución Política del Perú de 1993 reconoce, en el art. 43, al Estado Peruano como un Estado social y democrático de Derecho

¹⁸³ HAURIUO, A., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, ed. Ariel. 1971. Pp.792. Para estudiar más ampliamente el desarrollo y postilación de los derechos sociales en los países socialistas puede consultarse la obra de García Álvarez, M. B., *Las Constituciones de los países socialistas*, ed. Celarayn, León, 1980. También PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, estado de Derecho y Constitución...*, *op.cit.*, p. 123-125.

además de reconocer en el Capítulo II titulado “De los derechos sociales y económicos” una amplia gama de derechos que se ven reforzados por la posibilidad de incluir nuevos derechos a través de la cláusula de los “derechos innominados”. (art.3 constitucional)

Por otra parte, en la segunda mitad del siglo XX se da un importante proceso de positivización de los derechos sociales a nivel internacional. El primer paso fue probablemente el surgimiento de una Organización Internacional que adquiriría relevancia para la defensa y promoción de los derechos laborales: la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919. Se inicia así un proceso de sistematización y evolución de los derechos humanos a nivel internacional, entre los que se encuentran los derechos sociales. La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), el *Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales* (1966), la *Convención Europea de Derechos Sociales* (1950), la *Carta Social Europea* (1961), *La Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea* (2000), la *Declaración Americana de los Derechos Humanos* (1948), la *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969) y su *Protocolo Facultativo en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1988), son algunos de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que han considerado a los derechos sociales como derechos públicos subjetivos de naturaleza internacional que generan obligaciones de respeto, protección, garantía y promoción a los Estados.

El actual reto de los derechos sociales -o Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Derecho Internacional- es el de avanzar en el afianzamiento de un mecanismo propio de garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional. Así resulta un gran avance la reciente adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008) en el que se han introducido mecanismos de reclamación individual y colectiva contra los

Estados obligados por incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pero sobre este tema profundizaremos en el tercer capítulo.

2.3 Los elementos constitutivos del concepto de derechos sociales

La conceptualización de los derechos sociales siempre ha sido una tarea difícil para la doctrina jurídica. Para empezar este análisis, partiré de la definición clásica de MAZZIOTTI quien conceptualiza los derechos sociales como derechos subjetivos y derechos objetivos. Explica así que en cada derecho social existe un plano subjetivo y general de cada ciudadano a participar en los beneficios de la vida asociada, el cual se refleja en derechos específicos a determinadas prestaciones, directas o indirectas, de parte de los poderes públicos. En un segundo plano, el derecho social es el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a la práctica su función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales.¹⁸⁴

Partiendo de este doble plano subjetivo y objetivo de los derechos sociales, un importante sector de la doctrina defiende que lo determinante de los derechos sociales sería la existencia de una obligación impuesta al Estado para conferir prestaciones a grupos o personas.

Con la intención de resaltar el carácter clásico prestacional que se le reconoce a los derechos sociales, CASTRO CID plantea una definición similar a la de MAZZIOTTI respecto a los derechos sociales y los define como “el conjunto de exigencias que los individuos o grupos plantean a la sociedad y al Estado para que estos les proporcionen los medios que hacen posible el

¹⁸⁴ MAZZIOTTI, M., “Diritti Social”, en *Enciclopedia del diritto, Milan*, vol.XII, editorial Giúfre, 1964, p. 804.

disfrute de una existencia humana digna”.¹⁸⁵ El carácter prestacional como eje de la construcción del concepto de derechos sociales está también presente en la obra de CONTRERAS PELÁEZ quien conceptualiza los derechos sociales como “aquellos derechos en que se concreta- mediante diversos tipos de prestaciones- la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de necesidades básicas¹⁸⁶”. Tanto CASTRO CID como CONTRERAS PELÁEZ centran su conceptualización de los derechos sociales según el tipo de obligación que exige del Estado. Así se resalta el carácter prestacional de los derechos sociales y el papel protagónico del Estado para la satisfacción de estos derechos.

Por otro lado, también se consideran los principios axiológicos informadores de los derechos sociales como punto de partida para la construcción de su concepto. Al respecto no existe un acuerdo unánime sobre el valor esencial que debemos considerar como postulado básico para la construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos sociales.

Al respecto, afirman AGUILERA y ESPINO que los valores de dignidad¹⁸⁷, igualdad y libertad pueden ser vistos desde distintos enfoques debido a su enorme riqueza conceptual. Estos conceptos aportan un alto grado de confusión en lo que respecta a su tratamiento técnico-jurídico como principios fundamentales de los derechos humanos en general¹⁸⁸. La discusión respecto al contenido axiológico que define su concepto refiere a

¹⁸⁵ AA. VV., *Derechos económicos, sociales y culturales. Actas de la IV jornada de profesores de filosofía del derecho*, Murcia, Secretaria de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1981, pp.22.

¹⁸⁶ CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 47

¹⁸⁷ CAMPS, V., “El descubrimiento de los Derechos Humanos” en MUGUERZA, J., *El fundamento de los derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1989. Peter HÄBERLE desarrolla plantea la idea de la dignidad humana como “*premisa antropológica-cultural*” de una sociedad plenamente desarrollada, el conjunto de derechos y deberes permiten al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo. El cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la “*dignidad humana*” y aquí debemos distinguir dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto válido entre culturas y, por tanto, universal. (HÄBERLE, P. *El Estado constitucional*, (trad. Héctor Fix-Fierro), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. P. 169.) Ver también HÄBERLE, P., “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: en análisis comparativo” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, Sept-Dic, 1998, pp. 11-38. Sobre el concepto de dignidad humana ver el trabajo de CASTRO CID, B., *Los derechos humanos*, León, Ed. León, 1987, p. 67.

¹⁸⁸ AGUILERA, R. Y ESPINO, D., *Fundamentos...*, *op.cit.*, p.115.

algunos autores que consideran que el fundamento de los derechos sociales es el principio de igualdad, pues su función es aminorar las desigualdades generadas por el devenir de la actual sociedad; mientras que para otros se trata de derechos de libertad con un componente igualitario. La clásica distinción entre derechos de libertad y derechos de igualdad es lo que sustenta la división de los derechos humanos en dos “generaciones”: por un lado, los derechos fundamentados en el valor libertad, los derechos civiles y políticos y por otro lado, los derechos fundamentados en el valor igualdad, los derechos sociales.

Respecto a este punto de discusión, PECES BARBA considera que no hay derechos de libertad y derechos de igualdad. Para él: “Todos son derechos de libertad, incluidos los derechos que aportan un componente igualitario, como los económicos, sociales y culturales, porque ese componente potencia y refuerza la libertad para todos”.¹⁸⁹ Deja claro, como muchos otros autores, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales son interdependientes y que no se puede pretender el goce efectivo de los unos sin los otros¹⁹⁰. La libertad y la igualdad son, entonces, “los presupuestos axiológicos que fundamentan las nociones de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”¹⁹¹. Esto en base

¹⁸⁹ Señala este autor: “Derechos fundamentales de cualquier tipo y realización integral de la libertad como libertad autonomía, como superación de obstáculos que hacen posible el desarrollo en todas las facetas de la condición humana son lo mismo, en su horizonte todavía en parte utópico, pero no imposible en el desenvolvimiento histórico de la sociedad democrática.” (PECES BARBA MARTINEZ, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Eudema, 1988, p.213.)

¹⁹⁰ Sobre las distintas posiciones respecto al principio fundante de los derechos sociales volveremos más adelante en este mismo capítulo.

¹⁹¹ La doctrina española utiliza la dicotomía derechos liberales-derechos sociales para intentar una conceptualización, donde estos cumplen dos funciones diversas, sin poder evitar cierta carga ideológica. Para RUIZ MIGUEL, los derechos liberales serían los derechos básicos, universales, incondicionales e indeclinables; en definitiva, los derechos fundamentales incorporados a las Constituciones. Los derechos sociales vendrían a configurar aspiraciones particulares, condicionadas, ideales, no parangonables a los derechos fundamentales. En el segundo supuesto, los derechos humanos, de una u otra categorización, son considerados como un continuum donde para la realización efectiva de los derechos civiles y políticos, resulta necesario la previa satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. Así: “uno y otro tipo se consideran como en un continuo en el que los derechos civiles y políticos son condición previa necesaria pero no suficiente de la libertad e igualdad, que sólo serían reales y efectivas con la completa extensión de los derechos sociales.” No debería haber entonces diferencias sustanciales entre estos derechos respecto a su fundamentación, titularidad, exigencia, necesidad de protección y las vías de protección jurídica. De la misma forma

al reconocimiento de que la igualdad formal es insuficiente para el goce y ejercicio de los derechos protegidos en el ordenamiento jurídico. Afirma que el objetivo de los derechos sociales es la igualdad “a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos y para participar en plenitud en la vida política y disfrutar de sus beneficios.”¹⁹² El principio de igualdad es, entonces, un elemento indispensable para la conceptualización de los derechos sociales.

Ciertamente el concepto de PECES BARBA somete los derechos sociales a la aspiración de una libertad real y al ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos, mientras que para PEREZ LUÑO, la igualdad real es la razón de ser de la existencia de los derechos sociales. En este sentido, este autor sostiene que: “si se parte del principio de que los ciudadanos son iguales ante la ley y poseen los mismos derechos, deben poder participar en situaciones de igualdad en las ventajas que dimanen de la sociedad y que es tarea del Estado hacer que tal derecho sea respetado, evitando que los más poderosos opriman a los más débiles y que la desigualdad de hecho destruya la igualdad jurídica.”¹⁹³

Conjugando ambas ideas, CONTRERAS PELÁEZ resalta la importancia de lograr una igualdad real que permita que el valor libertad también destaque en el ejercicio de los derechos fundamentales. Este autor señala que “allí donde no hay una intervención correctora de los poderes públicos la libertad se convierte en coartada para la explotación de los débiles y la libertad formal deviene de cobertura ideológica de la desigualdad material. Los derechos sociales han sido introducidos precisamente para enmendar este

como los derechos civiles y políticos admiten límites justificados por su interacción con otros derechos, de la misma manera los derechos sociales están limitados por cuestiones de carácter factico, los recursos materiales existentes o por los hechos históricos y la realidad social. (RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y Derechos sociales”, en *Doxa. Filosofía del Derecho*, n°15-16, 1994, pp. 651-673, Visto en <http://www.cervantesvirtual.com/bib/portal/DOXA/> fecha: 24-05-2014.)

¹⁹² PECES BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Cuadernos N° 11, 1999, 57-58 pp.

¹⁹³ PEREZ LUÑO, A., *Derechos humanos...*, *ob.cit.*, pág. 90

despropósito. La política social del Estado debe ser, por tanto, un agente compensador-nivelador que contrarreste, en parte, la dinámica de desigualdad generada por la economía de mercado”.¹⁹⁴ Profundizaremos en la discusión en torno a los fundamentos axiológicos de los derechos sociales con más detenimiento más adelante.

Otro factor analizado para la construcción del concepto de los derechos sociales es la función social que imprimen al Estado. Al adquirir el Estado la obligación de satisfacer las necesidades básicas de sus ciudadanos sin las cuales no podrían desarrollarse en su entorno social, por medio de acciones directas prestacionales, los derechos sociales redefinen la función del Estado, dando nacimiento al actual Estado Social de Derecho.

CONTRERAS PELÁEZ señala que el concepto de derechos sociales se nos ofrece pues en estrecha correlación con el de Estado Social. De esta forma, los diversos tipos de derechos fundamentales presuponen distintas actitudes y distinta estructuración de los poderes públicos. Las instituciones del Estado liberal fueron diseñadas “a la medida” de los derechos-autonomía o “libertades defensivas”. De la misma forma, el Estado social intenta desarrollar un aparato institucional capaz de garantizar la satisfacción de los derechos sociales.¹⁹⁵ En este sentido, los derechos sociales suponen obligaciones prestacionales al Estado donde éste debe actuar positivamente a fin de que las prerrogativas básicas de sus ciudadanos se vean satisfechas; más no sólo esto, sino que además los derechos sociales funcionan como límites para el Estado, por lo que una falta de actuación normativa acarrea la violación de estos derechos¹⁹⁶. A pesar de esta observación y de muchas otras que se harán a lo largo del trabajo, se debe reconocer que el rasgo distintivo de los derechos sociales, en la doctrina

¹⁹⁴ CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1992, p.26.

¹⁹⁵ *Ídem*, pp.15.

¹⁹⁶ *Ídem*, p.29.

jurídica clásica, es su carácter prestacional y este rasgo es el que los define.¹⁹⁷

Aún la evidente prevalencia del carácter prestacional, un sector de la doctrina observa que los derechos sociales también suponen obligaciones negativas o de abstención por parte del Estado. Ejemplo claro de esto es el derecho de huelga y el derecho de libertad sindical que- en efecto- son derechos sociales por excelencia. Sin embargo, para su satisfacción, se requiere más que una acción positiva, una abstención por parte del Estado.

En lo referente a la función social que imprimen los derechos sociales al Estado, una cuestión de suma importancia es la poca garantía que ofrecería el Estado social a estos derechos si, dentro del mandato normativo, no incluyera la responsabilidad de terceros. Es decir, que en caso del cumplimiento de los derechos sociales se requiere también de una acción de personas particulares.

Sobre esto, PEREZ LUÑO se refiere al *drittwirkung* sosteniendo que este principio ha sido reconocido por la jurisprudencia alemana con el fin de paliar las incongruencias de la igualdad formal y la igualdad material en la actual sociedad capitalista, donde las decisiones transcendentales en gran medida, la toman centros privados de poder no menos importantes que las que

¹⁹⁷ Al respecto, PIETRO SANCHÍS señala que es muy corriente identificar los derechos sociales con los derechos prestacionales, esto es, con aquellos derechos que en lugar de satisfacerse mediante una abstención por parte del sujeto obligado, requieren por su parte de una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio. (PIETRO SANCHÍS, L., *Leyes, principios, derechos, Madrid, ed.* Dykinson, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Cuaderno N°7, 1998, 72 pp). En el mismo sentido CONTRERAS PELÁEZ señala: “Si algún atributo suscita un razonable consenso en la doctrina, se trata, sin duda de éste, los derechos sociales parecen suponer un protagonismo activo- prestacional de parte de los poderes públicos.” (CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos Sociales...*, op.cit. pp17.) En esa misma línea de argumentación, PECES BARBA señala que “Los derechos económicos, sociales y culturales establecen a favor de sus titulares una prestación normalmente a cargo de los poderes públicos, aunque, en ocasiones, pueden estar a cargo de otros particulares. Se les suele considerar como derechos de crédito, a otorgar a los titulares un título para esa prestación de quien resulte obligación. La justificación de la intervención se basa en la convicción de que resulte una carencia, en relación con una necesidad básica, que impide el desarrollo como persona y la libre elección de planes de vida de quién se encuentre en esa situación.” (PECES BARBA MARTINEZ, G., *Derechos sociales...*, op.cit., 1999, p.60)

corresponden a los órganos públicos.¹⁹⁸ El papel que se le puede otorgar a una persona privada en lo referente a la satisfacción de un derecho social puede darse de dos formas: a) en forma directa, donde la norma indique que es el tercero el responsable por la satisfacción del derecho, ejemplo de ellos lo podemos encontrar en la legislación laboral y de la seguridad social b) en forma indirecta, donde para su cumplimiento requiere de una no intervención por parte del tercero o de una acción permisiva, pero en donde la norma no refiera directamente a la persona privada. En estos casos la doctrina dominante refiere que siempre el destinatario de la obligación jurídica que emana de un derecho social es el Estado y que la persona privada juega un rol secundario¹⁹⁹. Sin embargo es evidente que, sin una actuación de este último, el Estado no podría cumplir con su obligación a cabalidad. Así, los derechos sociales no solo involucran en su satisfacción al Estado, sino también a los particulares.

En la construcción del concepto de los derechos sociales también se considera como elemento de análisis la titularidad de estos derechos. Para un importante sector de la doctrina, el objeto principal de los derechos sociales es mejorar la situación social de los grupos de personas más

¹⁹⁸ Señala que “(...) Desde esta óptica, se conciben derechos fundamentales como preceptos normativos sugeridos para tutelar a los ciudadanos de la omnipotencia del Estado, pero que no tiene razón de ser en las relaciones del mismo rango donde las relaciones son entre los particulares. Es fácil advertir el carácter ideológico de este razonamiento ligado a una concepción puramente formal de la igualdad entre los diferentes miembros integrantes de la sociedad. Pero es un hecho notorio que, en la sociedad moderna capitalista, esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella, el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones amenazado por la existencia, en plano privado de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos. De ahí que se haya tenido que recurrir a una serie de medidas destinadas a superar los obstáculos que de hecho se suponen al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la totalidad de los ciudadanos en un plano de igualdad. La repercusión del principio de *Drittwirkung*¹⁹⁸ en el plano del reconocimiento jurídico de los derechos sociales ha sido clara (...). De forma explícita y con especial referencia a los derechos sociales, ha señalado la Corte Federal del Trabajo que estos derechos fundamentales no solo garantizan la libertad del individuo frente al poder público, sino que contienen principios ordenadores de la vida social, que tienen también relevancia inmediata para las relaciones jurídico-privadas.” (PEREZ LUÑO, A., *Derecho humanos*,..., *op.cit.*, 1999, p.93.)

¹⁹⁹ Al respecto también Rodolfo ARANGO, opina que el principal obligado siempre va a ser el Estado, sin embargo, en base a la interpretación sistemática de la Constitución, no se puede obviar que las relaciones de agentes privados, las cuales deben darse siempre en respeto del marco constitucional, deben observar los derechos sociales fundamentales y no ir contra de ellos. (ARANGO, R., *El concepto de Derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Ed. Legis, 2° ed. 2012.)

vulnerables, por lo que serían “derechos de clases”, mientras que para otros los derechos sociales se caracterizan por ser derechos de titularidad universal.

En la primera posición está adscrito PECES BARBA quien afirma que en estos derechos, la universalidad es un objetivo y se encontrará en un momento en el *punto de llegada*, por este motivo tampoco tiene sentido la igualdad como equiparación. Afirma que este tipo de igualdad sería un criterio injusto que consagraría la desigualdad real. Insiste en que hay que discriminar entre desigualdades y en ese caso, la igualdad supone la diferenciación. Se trata de tratar desigualmente a los desiguales, por lo que los titulares de los derechos sociales solo deben ser aquellas personas que necesitan el apoyo, y no quienes no lo necesitan. Resalta que “la igualdad como diferenciación y universalidad en el punto de llegada son los rasgos identificadores de estos derechos”.²⁰⁰

La segunda posición sostiene- a diferencia de la anterior- que la titularidad de los derechos sociales no solo lo poseen los más necesitados o carentes de recursos, sino que los poseemos todos los ciudadanos por ser tales. Esta idea es defendida por CONTRERAS PELÁEZ quien afirma que la universalización subjetiva de los derechos sociales significa que el paraguas asistencial del Estado se amplía hasta cubrir a toda población, pero no implica que los derechos deban despojarse del “polimorfismo funcional” que les permite atender a las necesidades específicas que surgen en los distintos contextos vitales. En efecto, la universalidad de los derechos sociales (globalmente considerados) se muestra compatible con un principio de

²⁰⁰ PECES BARBA, G., *Derechos sociales... op. cit.*, pp. 64-65. En la misma línea de pensamiento se encuentra PIETRO SANCHIS, quien manifiesta: “los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas, las necesidades (...), y, por ello tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido en que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Dicho de otro modo, las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es obviamente desigual. (PIETRO SANCHÍS, L., *Leyes, principios, derechos, Madrid, ed. Dykinson, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Cuaderno N°7, 1998, 72 pp.*

“diversificación estratégica” del que resulten derechos sociales específicos para los distintos grupos profesionales, de edad, de renta, etc.²⁰¹

Aquí, CONTRERAS parte del supuesto que los derechos sociales se refieren a situaciones y rasgos posibles (pero no necesariamente actuales) de la existencia humana. Ejemplifica esta situación en la condición de trabajador asalariado o de beneficiario de asistencia sanitaria. Esta es una realidad actual sólo para un sector de la población, pero está presente como posibilidad en el horizonte vital de todos los ciudadanos (todos somos enfermos o asalariados potenciales). Explica que se trata simplemente de no confundir la existencia de los derechos con su ejercicio. Así el derecho de voto es un derecho universal (en el sentido de que nadie está excluido de él a priori), y esa universalidad no resulta apañada por el hecho de que un porcentaje importante de la población rehúse habitualmente a ser uso de él. Concluye defendiendo que la universalidad concierne a la titularidad del derecho y no a su ejercicio.²⁰²

Si bien es cierto que en un momento histórico preciso estos derechos se vislumbren como derechos sociales de los más necesitados, no se puede negar que- en general- todos podemos llegar a ser necesitados en algún momento y estaremos cubiertos por el halo de protección de los derechos sociales. En la primera posición, se defiende la idea de que la titularidad la poseen el sector social más necesitado, mientras que la segunda posición sostiene que todos somos potencialmente titulares de estos derechos.²⁰³

Una interesante aportación a la búsqueda de conceptualización de los derechos sociales en base a una dimensión colectiva es aquella que los define a partir del elemento de la participación. GURVITCH define los

²⁰¹ CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales... op.cit.*, p.37.

²⁰² *ídem*, p.38.

²⁰³ Desde esta perspectiva, también existe un significativo sector doctrinal alemán que, desde una consideración axiológica de la dimensión social de la persona, aún sin negar la relevancia de los derechos y del desarrollo de la personalidad individual, entiende su destino, que este está ligado inseparablemente a la comunidad en la que se despliega su existencia, de modo que sus derechos han de ejercitarse bajo el influjo de la solidaridad.

derechos sociales como “derechos de participación de los grupos y de los individuos que se desprenden de su integración en conjuntos y que garantizan el carácter democrático de estos últimos.”²⁰⁴ Así, hace radicar la garantía de los derechos sociales, no en los clásicos mecanismos del Estado liberal, sino sobre el principio informador de una sociedad pluralista de limitación recíproca y equilibrio de grupos. Así destaca un desarrollo paralelo de la organización política y de la organización económica y en el seno de estas, en el ordenamiento de los productores y de los consumidores.²⁰⁵

A parte de considerarse los derechos sociales como derechos de participación también constituyen la piedra de toque de la legitimidad política. Esto se entiende en la medida en que los derechos humanos constituyen el criterio máximo de legitimidad política, de manera que la dominación que ejerce el gobierno sobre sus ciudadanos es legítima en la medida que respete y promueva los derechos humanos y no lo es, cuando no los garantiza o no lo hace en grado suficiente²⁰⁶. En este punto podemos resaltar la importancia de clarificar el concepto de derechos sociales para la construcción de una democracia social, característica del actual Estado Social y constitucional de Derecho. En este contexto, resulta pertinente lo dicho por GARCÍA sobre la relación Derechos sociales- Democracia: “Una incorrecta concepción de los derechos sociales genera una incorrecta concepción de los derechos humanos y, por lo tanto, una incorrecta configuración del criterio máximo de legitimidad política. Esto conlleva a que un gobierno ilegítimo, pase por legítimo”²⁰⁷.

El ejercicio colectivo de los derechos sociales constituye- a la vez- una garantía social lo que no los deslegitima como derechos fundamentales que se realizan en cada individuo. Al respecto, LLAMAS CASCÓN señala que

²⁰⁴ GURVITCH, G, *La declaración des droits sociaux*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1946, p.79

²⁰⁵ *Ídem*.

²⁰⁶ GARCÍA MANRIQUE, R., “Tres concepciones de Derechos sociales” en *De Cive. Revista Electrónica del departamento de Filosofía Jurídica de la UNED*, nº0, año 2010, p. 52

²⁰⁷ *Ídem*, p. 53.

pensar que derechos como la huelga o el de asociación- que forman parte del “núcleo duro” de los derechos sociales- deben funcionar bajo el esquema de derechos individuales- negando elementos comunes- significa convertirlos en figuras completamente distorsionadas respecto a las razones de su positivización. Señala este autor que “para explicar el derecho a la huelga desde el ámbito estrictamente individual, sin tener en cuenta su dimensión colectiva, hay que presumir que todos los trabajadores paran de pronto por azar el proceso productivo o que el derecho de asociación o el de manifestación responden a acciones unilaterales y exclusivamente individuales, como un esquema rígido en el que son derechos de *titularidad individual pero de ejercicio colectivo*.”²⁰⁸

Para finalizar con este estudio de los elementos constitutivos del concepto de los derechos sociales, se analizará el elemento jurídico- político normativo de los derechos sociales. En opinión de ZAGREBELSKY, los derechos sociales tienen una finalidad normativa particular, pues “tienen un hondo sentido transformador de la sociedad”. Así señala que “aunque existe una diferencia

²⁰⁸ LLAMAS CASCÓN, Á., “Algunas consideraciones en torno de los derechos económicos sociales y culturales”, en *Derecho y libertades*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid- Boletín del Estado, año 3 N°6, Febrero 1998, p.82. Siguiendo la misma línea de reflexión, CONTRERAS PELÁEZ también se refiere a estos derechos como derechos sociales atípicos al clásico modelo estructural de derechos-prestación. El autor señala: “Algunos derechos fundamentales (señaladamente la libertad sindical y el derecho a huelga) inveterada y casi unánimemente incluidos en el catálogo de derechos sociales, no parecen encajar en el esquema de derecho- prestación. En efecto, parece que los derechos citados se derivan para el poder público fundamentalmente en obligaciones no interferencia: este dato, si aplicamos la versión matizada del criterio (...) nos obligaría a clasificarlos entre los derechos-autonomía (...) Se trata en definitiva de derechos híbridos (históricamente vinculados a la *segunda generación* de derechos pero estructuralmente afines a los derechos-autonomía), derechos cuya incómoda ambigüedad amenaza nuestro intento de delimitación. El jurista debería sobre todo entender a la estructura del derecho cuya naturaleza se intenta determinar no tanto en la clase social que lo utiliza, las peculiaridades de sus génesis histórica o los objetos que suelen perseguir por medio de su ejercicio: todos estos datos históricos- sociológicos interesan al jurista solo relativamente. Nada mas obliga a catalogar como “sociales” todos aquellos derechos que surgen históricamente vinculados al movimiento obrero; desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico: el derecho de huelga y la libertad sindical aparecen, sin duda como derecho antinomia”. (CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales...*, ob.cit. p.22) PIETRO SANCHÍS también defiende esta idea y señala que algunos derechos generalmente considerados sociales se separan del esquema indicado, bien porque por naturaleza carezca de todo sentido prestacional, bien porque la intervención pública se suponen no se traduzca en una intervención en sentido estricto; así es manifiesto que carezca de contenido prestacional el derecho de huelga o de libertad sindical, salvo que interpretemos que la tutela pública de estas libertades es ya una prestación.” (PIETRO SANCHÍS, *Leyes...*, op.cit., p.74-75)

incontestable entre los derechos sociales y las restantes categorías de derechos, la experiencia acumulada de los años siguientes ha demostrado claramente que los derechos sociales no tienen exclusivamente un valor político o ideológico, sino también jurídico, en cuanto criterio de interpretación del sistema y cláusulas generales, y en cuanto normas que determinan la inconstitucionalidad de aquellas leyes que claramente se oponen a estas. Pero, más allá de estos efectos, pueden valer también como verdaderos derechos”.²⁰⁹

En definitiva, los actuales Estados sociales y democráticos de Derecho reconocen derechos sociales fundamentales que- junto a los clásicos derechos liberales- tienen carácter de universales, son previos al propio contrato social y, por lo tanto, resultan indisponibles tanto para el Estado como para el mercado. Además, agrega PISARELLO que estos derechos no se oponen a los derechos liberales, sino que constituyen su natural correlato cuando la libertad se concibe no sólo en su dimensión negativa, como no intromisión, sino también en su faceta positiva como libertad-poder.²¹⁰

Los derechos sociales son normas jurídicas fundamentales ligadas a la satisfacción de necesidades básicas del ser humano las cuales le permitirían el libre desarrollo de su personalidad en la búsqueda de su felicidad con fundamento en su dignidad, tomando en consideración al ser humano tanto en su dimensión individual como en su dimensión social. Estos derechos imprimen una nueva finalidad social al Estado. En sentido amplio, para los poderes públicos- y en algunos casos también para terceros- el reconocimiento de estas expectativas en Constituciones y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos contiene obligaciones tanto positivas como negativas, de hacer y de no hacer, a fin de satisfacer las

²⁰⁹ ZAGREBELSKY, G., “El tribunal constitucional italiano” en FAVOREU, L., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, op.cit. pp. 443-444.

²¹⁰ PISARELLO, G., “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°92, México, UNAM, 2006. En su aspecto positivo, su potencial radica en que estos derechos fundamentales concretan la exigencia individual de desarrollo libre y digno en la sociedad lo cual requiere un cierto nivel de libertad jurídica.

necesidades más básicas de la persona en vista de su realización personal, aunque el carácter prestacional viene siendo su faceta más evidente. Su carácter universal es indiscutible como derechos humanos. Sin embargo, como derechos fundamentales, depende de su adscripción como norma constitucional. En cuanto a su titularidad, todos somos titulares de derechos sociales, aunque su ejercicio esté condicionado a una situación de necesidad. Finalmente, consideramos que son también derechos de participación política, pues su ejercicio asegura la democracia social.

2.4 La doble dimensión material-normativa de los derechos sociales en el constitucionalismo social contemporáneo

Resulta evidente que uno de los logros más relevantes del constitucionalismo del siglo XX es la inclusión a nivel constitucional, de los llamados derechos sociales. La constitucionalización de los derechos sociales no es más que el resultado de un largo camino recorrido por el ser humano a fin de garantizar la consecución de sus propios fines, propios de su dignidad. Un camino marcado de cruentas batallas, luchas ideológicas y enfrentamientos de poder para lograr acercarse cada vez más a un ideal de vida en su dimensión individual, colectiva y material.

Esta búsqueda de una libertad realizada en sociedad, es lo que recoge la historia y el constitucionalismo, dando nacimiento al constitucionalismo social. El constitucionalismo social no es más que el reconocimiento constitucional de los derechos sociales como derechos fundamentales y el nacimiento del Estado Social. El tema de los derechos sociales como derechos fundamentales ha sido uno de los temas álgidos del constitucionalismo del siglo XX y aún a inicios del siglo XXI, los

constitucionalistas no han llegado a un acuerdo unánime sobre la naturaleza y el contenido de los derechos sociales fundamentales. Esta discusión inspira este trabajo, con el afán de poder aportar una idea propia a la reflexión.

Como lo habíamos ya mencionado en el capítulo anterior, el fin supremo del constitucionalismo social es la protección del ser humano en su dimensión social, a través del reconocimiento y la garantía de derechos que le aseguren condiciones mínimas de bienestar, centrando esta protección en los sectores más desfavorecidos de la sociedad. En este sentido, los derechos sociales garantizan a cada ser humano unas condiciones mínimas vitales a partir de las cuales el ser humano lograría su realización personal y el ejercicio real de su libertad individual. Esto no quiere decir que los derechos sociales estén subordinados a los derechos individuales, sino que estos garantizan otra dimensión del ser humano: su dimensión social, es decir, al ser humano concreto, ubicado en su contexto social.

Estas “condiciones mínimas vitales”, ubicadas en el seno del concepto de derechos sociales, vienen a ser las condiciones para la realización individual en el plano social, que permite a la persona participar efectivamente en la vida política, social, económica y cultural en el Estado Social y democrático de Derecho. Sin embargo, estas condiciones han sido objeto de discusión en la doctrina por no precisar en qué consisten o como se ubican en la realidad, llevando a algunos autores incluso a pensar que son disímiles y que al no permitir precisar con exactitud su contenido, niegan el carácter fundamental de los derechos sociales.

En nuestra opinión, las “condiciones mínimas vitales”-base de los derechos sociales- son mutables, pues mutan con el desarrollo social y el surgimiento de nuevas necesidades humanas y además son progresivas, pues no es posible reconocer que las sociedades son naturalmente mutables y que los derechos tengan que ser cerrados y taxativos. Es muy posible que las condiciones mínimas vitales de la sociedad actual no sean las mismas en

cincuenta años, por lo cual tampoco resulta coherente pensar que los derechos sociales tengan que ser taxativamente reconocidos y que no sea posible la mutación de sus contenidos.

En la actualidad se ha logrado un consenso respecto a algunos derechos sociales fundamentales entre los cuales se observa una mayor preocupación por la protección de la salud, la educación, la alimentación, las condiciones laborales, la seguridad social y, en general, los derechos que pretenden lograr mayores grados de igualdad material. Es acepción común el reconocimiento de todas aquellas aspiraciones de justicia social para asegurar un núcleo mínimo de bienestar.

La doctrina constitucional mayoritaria parece haber llegado a un acuerdo respecto al carácter fundamental de los derechos sociales. A este acuerdo, naturalmente, no se llegó de forma pacífica, sino después de varias décadas de discusión sobre la posibilidad de considerar los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales²¹¹. Aún hoy se levantan voces contra esta posición como la de Ricardo GUASTINI quien afirma que los derechos sociales son derechos *sobre el papel*²¹² o la de ATRIA quien señala que a lo mucho podrían llegar a ser derechos políticos²¹³. Lo cierto es que en la teoría constitucional actual parece existir una tendencia a afirmar y reafirmar constantemente el carácter fundamental de los derechos sociales, potenciada por las amenazas de su desconocimiento por parte de los agentes del poder y por las constantes crisis políticas y económicas que los ponen en peligro.

²¹¹ Muy conocidas, dentro de esta discusión, son las posiciones del jurista de izquierda, Ernst Bockenforde y del economista de derecha, Friedrich Von Hayek. Desde sus distintos enfoques, sus pensamientos confluyen en la consideración de que los únicos derechos fundamentales coinciden con las libertades básicas de la tradición liberal. Por el contrario, los derechos sociales serían más una directriz, programa o lineamiento de las políticas sociales que el legislador estime democráticamente establecer y perseguir. (BOCKENFORDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993; VON HAYEK, F., *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza, 2002.)

²¹² GUASTINI, R., *Estudios de teoría constitucional*, 1ªed., México, IJ-UNAM y Ed. Fontamara, 2001, p. 220 y 221.

²¹³ ATRIA, F., “¿Existen derechos sociales?” En *Discusiones*, año I, núm. 4, Argentina, Universidad Nacional del Sur, Febrero del 2005, pp. 15-59.

Se evidencia entonces el surgimiento de un interés doctrinal por la materia que empieza a tomar la forma de una teoría general de los derechos sociales, con elementos y características propias²¹⁴. Ciertamente, la teoría general de los derechos sociales es tributaria de la teoría general de los derechos fundamentales. Sin embargo, son aquellas características esenciales que los diferencian de los derechos liberales lo que justifica su tratamiento por separado.

Desde nuestro punto de vista, es posible sostener que los derechos sociales son fundamentales por dos razones: la primera, porque se fundamentan en una moral históricamente incorporada en el ordenamiento jurídico referido a una serie de valores reconducidos a la noción de dignidad humana²¹⁵; la segunda, porque son derechos constitucionalizados que adquieren un carácter no solo normativo sino también principalista de la Constitución²¹⁶.

²¹⁴ En la última década se ha producido una “revolución académica” sobre el tema de la eficacia de los derechos sociales, respaldada por un interés desde la academia de buscar mecanismos institucionales y extra-institucionales para la efectividad de estos derechos. Este interés también se ha evidenciado en la actividad de los Tribunales Constitucionales como el español, el alemán, el colombiano o el peruano, los cuales, desde sus competencias, han ideado vías directas e indirectas para la justiciabilidad de los derechos sociales. Sobre estos desarrollos desde la academia y los tribunales, ver: ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

²¹⁵ La doctrina mayoritaria asume la fundamentación moral del positivismo matizado según el cual los derechos fundamentales están fundamentados en una moral históricamente incorporada en el ordenamiento jurídico, referida a una serie de valores (libertad, igualdad, seguridad jurídica, solidaridad) reconducibles al concepto de dignidad humana (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; *La dignidad humana de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002). Estos valores conforman la llamada “ética pública” que constituye la base material de las constituciones del Estado social y democrático de Derecho. (HART, H. L. A., “Postscript”, en HART, H.L.A. y DWORKIN, R., *La decisión judicial*, trad. Magdalena Holgín, Bogotá, 1999). En los últimos años también se han aceptado las aportaciones de las teorías consensuales (DE ASIS, R., “Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos”, en MUGUERZA Y OTROS, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p.68.) y de las teorías de las necesidades (HELLER, A., *Teoría de las necesidades en Marx*, trad. J. F. Ivars, Península, Barcelona, 1978 y *Más allá la justicia*, trad. J. Vigil, Crítica, Barcelona, 1990; AÑÓN ROIG, M.J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994 y “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”, en BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp.100-115.)

²¹⁶ Esta postura es tributaria de la *teoría del doble carácter de los derechos fundamentales* desarrollada por Konrad HESSE y Peter HABERLE, la cual sostiene que los derechos fundamentales son no sólo derechos individuales subjetivos del individuo y del grupo, pues también tutelan conexiones objetivas, complejos de normas constituidas por el derecho positivo las cuales operan en un plano objetivo, por encima de las personas, como directivas constitucionales y principios para la actuación legislativa del Estado. Desde el momento de su constitucionalización, los derechos sociales como derechos

Desde esta perspectiva, los derechos sociales poseen una doble dimensión: por un lado, una dimensión material (histórico- axiológica) y otra dimensión formal (político- jurídica), las cuales justifican su estudio desde una doble óptica: una teoría jurídico- material y otra teoría jurídica-formal²¹⁷. Mientras la primera analiza los derechos sociales desde la perspectiva iusfilosófica; la segunda analiza los derechos sociales como normas jurídicas- constitucionales²¹⁸.

Resulta evidente que la doble dimensión es propia de todos los derechos fundamentales. Sin embargo, considerarlo aquí nos resultará útil para el análisis de los derechos sociales como especie de la categoría genérica de derechos fundamentales. En esta investigación se adoptará este doble análisis con fines exclusivamente metodológicos pues consideramos que la fundamentación de los derechos sociales debe ser unificada debido a que una división teórica puede causar una confusión en el mismo seno del concepto. Creo que una teoría unificada de los derechos sociales- que unifique en el seno del concepto de los derechos sociales los fundamentos

fundamentales no sólo actúan como derechos subjetivos sino como normas objetivas del ordenamiento jurídico que imprimen en la constitución la persecución de sus fines de naturaleza social. (HABERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, 1997, pp. 55 y ss). También para Hauriou, los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que: "los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos". (HAURIU, M., *Précis de Droit Constitutionnel*, reimpresión del CNRS, París, Sirey, 1965, p. 612).

²¹⁷ MONEREO ATIENZA, C., *Ideología jurídicas...*, *op.cit.* Esta doble óptica en el análisis de los derechos sociales fundamentales es tributaria de la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales sostenida por la doctrina constitucional. Sostiene Robert ALEXY que todos los derechos fundamentales son una institucionalización de los derechos humanos en el plano constitucional. Para John RAWLS, toda sociedad bien organizada debe proteger dos facultades morales que resumen las posiciones básicas de cada individuo. La primera consiste en ser razonable (sentido de justicia), la segunda en ser racional (tener una concepción propia del bien). Estas dos facultades serían la fundamentación filosófica- política de los derechos democráticos y las libertades. La Constitución de toda sociedad bien organizada debería institucionalizar los derechos democráticos y las libertades a fin de proteger las dos facultades morales del individuo. Una concepción similar defienden Jürgen HABERMAS y Klaus GUNTHER.

²¹⁸ Al respecto, Luis PIETRO SANCHIS afirma que, los derechos son la traducción histórica- normativa de aspiraciones morales de las personas y además son elementos legitimadores del sistema político y jurídico del Estado de Derecho. (PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 19)

axiológicos, políticos y jurídicos- le dará una mayor fuerza y coherencia conceptual²¹⁹.

2.4.1 *Los derechos sociales desde una óptica jurídico-material: su función como valores²²⁰ constitucionalizados*

Señala Tecla MAZZARESE que en el modelo de Estado Constitucional de Derecho, la positivización de los derechos fundamentales en los textos constitucionales y/ o en documentos normativos de rango constitucional, conjuntamente con la pre-adopción de medidas para garantizar su realización y su tutela, ha tenido efectos cada vez más invasivos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en los que ha tenido lugar, condicionando cada vez más radicalmente el concepto mismo de Derecho en su dimensión ontológica, epistemológica y fenomenológica.²²¹

²¹⁹ Adoptamos en este análisis la *teoría del doble carácter de los derechos fundamentales* de HESSE y HABERLE como método de análisis que nos permite observar como los derechos sociales se manifiestan como principios informadores y como normas jurídicas-constitucionales. A estos también se ha referido posteriormente Robert ALEXY en su teoría de los derechos fundamentales al hacer la distinción entre reglas y principios. Al adoptar con fines metodológicos la teoría del “doble carácter...”, no desconocemos las otras concepciones sobre los derechos fundamentales diseñadas por la doctrina constitucional alemana, sólo que consideramos que esta nos resulta apropiada para los fines de esta investigación.

²²⁰ En esta investigación se asume la diferenciación funcional entre principios y valores defendida por Teresa FREIXES y Juan REMOTTI quienes afirman que la diferencia entre valores, principios y reglas no es de contenido, sino estructural y funcional. Estos autores consideran los valores como “metanormas que desempeñan una función orientadora, informadora y crítica de todo el ordenamiento, tanto en la producción de normas como en la interpretación de las mismas”. Mientras que los principios tienen una estructura de “germen de reglas” cuya función es integradora (FREIXES, T., Y REMOTTI, J., “Los valores y principios en la interpretación constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n°35, 1992, pp.97-110). Manuel ARAGÓN ha manifestado además que la mayor diferencia entre valores y principios es el carácter impredecible de los valores frente a la indeterminación de los principios que consiste en que los valores permiten una amplia variedad de conversiones normativas, esto es, de libre creación de reglas, mientras que los principios también enunciados en la Constitución reducen notablemente las posibilidades de su transmutación en reglas en cuanto sólo caben las que el principio jurídicamente prefigura (ARAGÓN, M., *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 84-97).

²²¹ MAZZARESE, T., “Razonamiento judicial y Derechos fundamentales” en ORTEGA, S.(ed.) *Interpretación y razonamiento jurídico*, Vol. II, Lima, Ed. ARA, 2010, pp.234-242.

En efecto, esta nueva percepción del Derecho ha condicionado: a) los criterios de identificación de las normas cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico (dimensión ontológica) b) las formas en que puede darse conocimiento de tales normas (dimensión epistemológica) y c) los modos en que puede darse realización y/o aplicación judicial de tales normas (dimensión fenomenológica). En este sentido, los derechos fundamentales le dan un nuevo sentido al concepto mismo de Derecho en el marco del Constitucionalismo. Los criterios de identificación de las normas ya no se agotan en los clásicos criterios formales de producción normativa, sino que además están integrados por criterios de *carácter material* que consiste en la conformidad de la producción normativa con los valores adoptados por los derechos fundamentales positivizados, incluso con carácter preferencial²²².

También la forma de conocer las normas jurídicas aplicables- al aplicar nuevos métodos de interpretación para tomar conocimiento del material jurídico- varía en cuanto ahora los métodos tienen que valorar diferentes valores contenidos en las normas fundamentales. Finalmente, se modifica la realización o aplicación judicial del derecho, el que deja de ser “mecanicista” o “logicista” para tener en cuenta los valores contenidos en los derechos fundamentales al momento de decidir en el caso concreto. En este sentido, los derechos fundamentales exigen una Constitución no sólo entendida desde una perspectiva racional-normativo, sino también histórica-tradicional, pero sobre todo sociológica, lo que en definitiva determinaría el carácter interpretativo de los derechos fundamentales en el paradigma neoconstitucional²²³.

Superando el positivismo exegético-legalista, la Constitución del Estado social y democrático de Derecho- como *lex legis* y *norma normarum*- exige una interpretación basada en un nuevo paradigma en el cual los valores y

²²² *Ídem*, p.240

²²³ *Ídem*, p. 242

principios dan sentido al orden jurídico, integrando y dando coherencia al sistema, además de garantizar los derechos fundamentales y el principio de supremacía constitucional. En este sentido, afirma LANDA que- desde el paradigma neoconstitucional- la interpretación de las normas constitucionales de derechos fundamentales debe hacerse a partir de una construcción holística de la fuerza normativa de la Constitución la cual debe reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad nacional, necesidades que deben constituir la fuente de su eficacia para tutelar los derechos fundamentales, pero no de manera abstracta o atemporal, sino como exigencias procesales concretas, tanto frente al propio Estado Constitucional, como frente a particulares²²⁴. Por ello, los derechos fundamentales (entre estos los derechos sociales) en el Estado Constitucional cumplen distintas funciones, entre las cuales está la de ser valores constitucionalizados que desempeñan una función orientadora, informadora y crítica de todo el ordenamiento, tanto en la producción de normas como en la interpretación de las mismas²²⁵.

Con la inclusión de los derechos sociales en los textos constitucionales, se reconocen las aspiraciones morales de la persona en su dimensión social las cuales- a su vez- legitiman el sistema político y jurídico del Estado Social de Derecho. La legitimación es consecuencia de la función de los derechos sociales como reglas de reconocimiento por encontrar su fundamento en determinados valores legalizados, cuyo fundamento último es el reconocimiento de la dignidad humana como el eje de la actuación estatal. Es a través de los derechos sociales fundamentales que el Estado adquiere una nueva “función social”, se transforma en un Estado Social de Derecho y

²²⁴ LANDA, C., *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, México, Ed, Porrúa- IMDC, Cuaderno n°45, 2011, p.15 y 16.

²²⁵ FREIXES, T., Y REMOTTI, J., “Los valores y principios en la interpretación constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n°35, 1992, pp.97-110

dirige su timón hacia la consecución de una sociedad cuyos miembros puedan realizar sus individualidades, en condiciones de igualdad²²⁶.

2.4.1.1 Los fundamentos axiológicos de los derechos sociales fundamentales

Un importante sector de la doctrina considera que en el proceso histórico evolutivo de los derechos fundamentales, surgieron los derechos civiles y políticos previamente a los derechos sociales. Cada una de estas categorías de derechos habría estado influenciada por las necesidades acuciantes de la sociedad en el preciso momento histórico en el que surgieron. En este sentido, los derechos civiles y políticos surgen de la necesidad de establecer límites al poder despótico, en un contexto de enfrentamientos y revoluciones en *pro* de la construcción de una esfera de libertad y de un status jurídico para que el ciudadano tuviera armas institucionales de defensa frente al Estado. El valor detrás de la construcción de esta categoría de derechos sería la libertad. En cambio, el contexto histórico en el que surgen los derechos sociales es un clima de reivindicación de las desigualdades sociales consecuencia de la imposición de un Estado liberal. Su valor fundamental entonces sería la igualdad.

Es a partir de lo anteriormente expuesto que se construye una contraposición entre los derechos civiles y políticos (o liberales) y los derechos sociales; en el sentido de que para que el Estado pudiera satisfacer a unos tendría que sacrificar a los otros. O más claramente, se construye la idea que en un

²²⁶ Observa Rodolfo ARANGO que la democracia social es, de otra parte, el modelo de democracia que mejor se acompasa a la fórmula de Estado Social, constitucional y democrático de Derecho. Este modelo pretende realizar integralmente los derechos humanos, no sólo las libertades clásicas y los derechos políticos, sino los derechos sociales, ideal al que se ha tendido por las democracias europeas bajo la vigencia del Estado Social de Derecho en la segunda mitad del siglo XX. Comparte con Amartya SEN la idea que la democracia sólo es posible con el pleno florecimiento de las capacidades humanas. (ARANGO, R., *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Ed. Fontamara, 2012. Pp. 76-77)

Estado Democrático donde los derechos fundamentales de libertad tienen protección constitucional y una construcción de garantías para su tutela y defensa jurisdiccional, los derechos sociales podrían sólo ser tomados en cuenta como aspiraciones políticas y normas programáticas. Esto toma sentido también porque, en el fondo de la discusión, esta tensión entre derechos liberales y derechos sociales se da por la situación de tensión entre los principios axiológicos informantes de cada categoría de derechos, a saber, el principio de libertad y el principio de igualdad. Lo afirmado encuentra sentido en palabras de PISARELLO: “Se trataría en el fondo de optar: o se está con los derechos civiles y políticos, y se coloca en un segundo nivel de prioridades la satisfacción de la igualdad, o se está con los derechos sociales, y es la garantía de las libertades, de la seguridad y del pluralismo la que resulta relegada.”²²⁷

Durante la segunda mitad del siglo XX, la confrontación de los derechos liberales y los derechos sociales mantuvo una importante vigencia debido a la lucha ideológica que se desarrolló durante la Guerra Fría. En este contexto, el bloque occidental, el cual tenía una visión netamente liberal, privilegió los derechos civiles y políticos. Por otro lado, el bloque socialista privilegió los derechos sociales, en consonancia con una visión socialista del mundo. En este contexto de división y enfrentamiento visceral de concepciones del mundo, la división y separación tajante de los derechos fundamentales resultaba plenamente justificada²²⁸. PISARELLO sostiene al respecto que la adopción de uno u otro grupo de derechos llegó a plantearse como una “prueba de fe ideológica”, donde o se optaba por los derechos civiles y políticos y con ello por la libertad, o se estaba con lo económicos y

²²⁷ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit p.37.

²²⁸ Esto resulta evidente en las discusiones que se desarrollaron dentro de los trabajos preparatorios de los Pactos de Derechos Humanos, producto de la derivación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En el marco de la Declaración, tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales aparecen indistintamente a lo largo del texto. La división en dos Pactos se originó producto de la tensión política bipolar de la guerra fría entre los Estados miembros de la ONU. Si se adoptaban dos Pactos, se reducirían las tensiones y los conflictos entre las políticas de cada Estado y los Pactos tendrían mayor número de adhesiones. Esto se analizará con más detenimiento posteriormente.

sociales y con ellos con la igualdad²²⁹. PINTO considera que esta separación tajante está relacionada con el papel que el Estado buscaba adoptar en relación a los derechos de los habitantes y que es precisamente esta doctrina la base sobre la cual se construye el concepto de “generaciones de derechos” y brinda el sustento a la existencia de cuerpos normativos separados.²³⁰

Acabada la Guerra Fría y en el contexto de modelo constitucional de Estado Democrático y Social, esta separación tajante entre derechos humanos y la contraposición de sus valores informadores pierde vigencia. El desarrollo en materia de derechos humanos en los últimos setenta años viene a constatar que así como ha mutado la naturaleza de los derechos fundamentales, a su vez han mutado también sus conceptos axiológicos fundamentales. Esta investigación toma como referente axiológico del conjunto de derechos fundamentales al concepto de dignidad humana. Tanto en el seno de los derechos liberales como en el de los derechos sociales, la dignidad humana viene a ser la piedra de toque donde vienen a confluir todas las necesidades de protección de ser humano. El principio de dignidad constituye el elemento central en las justificaciones modernas de los derechos fundamentales.²³¹

Sin embargo, a pesar de su rol protagónico en el discurso de fundamentación de derechos, la dignidad humana no viene a ser el único valor intrínseco de los derechos fundamentales. Analizaremos la versatilidad de la libertad y la

²²⁹ PISARELLO, *Los derechos sociales...* op. cit. Pág. 42

²³⁰ PINTO, M. “Los derechos humanos en el contexto internacional” en GUERRA, A. y FÉLIX, J. *La paz y el derecho internacional. III Encuentro de Salamanca*, Madrid, Ed. Sistema, 2005, p. 252

²³¹ Como obra referencial del tema: KANT, E., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, en MARDOMINGO, José (Trad.), Barcelona, Ariel, 1996. También defienden esta idea PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1999; PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª Edición, Madrid, Tecnos, 2005; PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 18ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2002; GONZÁLES, J., *La Dignidad de la Persona*, Madrid, Civitas, 1986; BENDA, E., “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad” en BENDA, E., *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2001; FERNÁNDEZ G., E., *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” - Dykinson, 2003, FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La Dignidad de la Persona Como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico”, en *Derecho PUCP*, Número 50, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Diciembre 1996; entre muchos otros autores.

igualdad como valores informantes en la construcción actual del concepto de derechos fundamentales, además de analizar tangencialmente los principios axiológicos de solidaridad y seguridad jurídica.

2.4.1.1.1 *Derechos de libertad vs. Derechos de igualdad*

El concepto de libertad que ha llegado hasta nuestros días, no fue concebido como tal en sus orígenes. La libertad como principio de derechos surge en la época de las Revoluciones Liberales del siglo XVIII y era concebida como una libertad natural y pre- estatal, necesario para el desarrollo autónomo de la persona que no debía ser interferido por el mundo exterior. La esfera de libertad del individuo era su esfera de poder, el cual debía ser tutelado frente al Estado. La libertad así entendida era una libertad negativa, de no injerencia lo que justifica su defensa²³².

Actualmente, la libertad también posee una dimensión positiva²³³ entendida, en palabras de BOBBIO, como “capacidad jurídica-material de concretizar las abstractas posibilidades garantizadas por las Constitucionales liberales”.²³⁴ En esta dimensión, la libertad positiva estaría ligada a la posibilidad de definir planes propios de vida y a participar en la construcción de la esfera pública²³⁵.

²³² BOCKENFORDE, E., *Escritos...*, *op.cit.* pp. 73

²³³ La distinción entre libertad positiva y negativa es analizada magistralmente por BERLIN, I., “Dos conceptos de libertad” en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. De J. Bayón, Alianza, Madrid, 1998, pp. 215-280.

²³⁴ BOBBIO, N., “Igualdad y dignidad de los hombres” en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Ed. Sistema, 1991, p.44

²³⁵ En el estudio respecto al tema que hace PEREZ LUÑO, indica que existen tres tipos de libertades: la libertad negativa, la libertad positiva y la libertad social. Esta última alude al contexto externo de su ejercicio, es decir, a las relaciones interpersonales o de interacción subjetiva en las que se resuelve la dimensión social y comunitaria de la libertad. En esta investigación se considera que esta libertad social es sólo una manifestación de la libertad positiva, desde la perspectiva de su dimensión política. (PEREZ LUÑO, A., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, p.226-227)

PISARELLO considera que es posible pensar ambas nociones de libertad como elementos complementarios de un concepto más amplio, el de libertad fáctica, cuyo núcleo incluye la protección de derechos sociales.²³⁶ En este sentido, la libertad positiva- precisamente- estaría estrechamente ligada al derecho no ya a no ser interferido, sino a recibir aquellos recursos que permitan una vida libre de la dominación de otros y la posibilidad, al mismo tiempo, de definir con otros el sentido de la comunidad en condiciones de aproximada igualdad.²³⁷

Desde otro enfoque, PECES BARBA considera que la libertad en la actual teoría de los derechos fundamentales tiene hasta tres dimensiones, que se producen de la interrelación de la libertad y la dignidad humana en el actual Estado social y democrático de Derecho. Para este autor la libertad se manifiesta como libertad social, libertad política y libertad jurídica. Así entendida la libertad- a través de los derechos fundamentales- es el cauce para la realización de la dignidad humana, desde la libertad de elección hasta la meta de la libertad moral.²³⁸

Por otro lado, también el concepto de igualdad ha sufrido una transformación desde su origen. Entendida en un principio como igualdad formal, esta se limitaba a garantizar la igualdad ante la ley. Existía una exigencia de generalidad de las normas jurídicas, es decir, una garantía de que todos los ciudadanos van a encontrarse sometidos a las mismas normas y tribunales. Sin embargo, la igualdad formal también tiene diversas manifestaciones en la experiencia jurídica actual.

Así PEREZ LUÑO indica que en ocasiones, la igualdad ante la ley aparece como exigencia de *equiparación* de manera que, si la generalidad establece el tratamiento igual de situaciones que se consideran iguales, la equiparación supone un trato igual de circunstancias o situaciones no idénticas que, sin

²³⁶ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit., p.43

²³⁷ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit. 43.

²³⁸ PECES BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999, pp. 207- 243.

embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma disciplina normativa. Y aunque paradójico, la igualdad ante la ley también se traduce en ocasiones, en la exigencia de *diferenciación*, es decir, en el tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones aparentemente semejantes pero que requieren de una reglamentación jurídica distinta²³⁹. La exigencia de diferenciación entraña el no considerar la igualdad ante la ley en sentido estático, sino dinámico. Se entiende que la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de modo uniforme como criterio formal y abstracto, podría generar en una situación de desigualdades reales.²⁴⁰

Actualmente, el concepto de igualdad es concebida también como igualdad material donde se construye la idea de justicia distributiva, donde se identifica con la equiparación y el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales. Considera PECES BARBA que la igualdad material es un signo distintivo del Estado social donde, al no situarse sólo en el ámbito jurídico sino real de la sociedad, entran en juego dimensiones económicas y sociales, como la escasez, que obligan a plantearse el tema de los derechos fundados en la igualdad material no sólo desde el punto de vista de la justicia y su validez, sino también el de su eficacia. Por esto, podemos encontrar en la igualdad material una pretensión moral justa, que no tiene problemas técnicos jurídicos para incorporarse como norma al ordenamiento jurídico y que; sin embargo, no puede realizarse por cuestiones de escasez de medios económicos²⁴¹. Lo que no podemos negar es que la incorporación de los derechos sociales fundamentales y la cláusula jurídica del Estado social de Derecho en las Constituciones contemporáneas

²³⁹ PEREZ LUÑO, A., *Teoría del Derecho*..., op.cit., p.227.

²⁴⁰ “Es más, la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de modo uniforme como un criterio formal y abstracto, podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales. De ahí que la concepción de igualdad en un Estado de derecho de una sociedad pluralista y democrática no pueda prescindir de las exigencias concretas de la realidad social para discernirlas y valorarlas en su específica peculiaridad.” PEREZ LUÑO, A., *Teoría del Derecho*..., op.cit., pp. 229.

²⁴¹ PECES-BARBA, G., *Curso*..., op.cit., p.288.

colocan al principio de igualdad material en un rol protagónico como principio inspirador del ordenamiento jurídico como veremos más adelante.

Una importante corriente del pensamiento considera que el único valor del que derivan los derechos fundamentales en su conjunto es el de la libertad, porque la finalidad última de todos ellos es potenciar la capacidad de autodeterminación del individuo.²⁴² Sostiene al respecto ARA PINILLA que si se parte del valor absoluto de la libertad como libertad realmente incondicionada, se concluye que todos los derechos humanos, tanto los civiles y políticos como los sociales, encuentran su fundamento último en el valor de la libertad²⁴³. De la misma línea de pensamiento es BOCKENFORDE quien sostiene que los derechos sociales no constituyen un contraprinipio frente a los derechos de libertad sino que encuentran su necesidad y justificación a partir del propio principio de aseguramiento de la libertad²⁴⁴.

Desde la otra perspectiva de la discusión, hay autores que defienden la idea que la fundamentalidad axiológica de todos los derechos remite al principio de igualdad.²⁴⁵ Así, por ejemplo, FERRAJOLI sostiene que lo que convierte en fundamental un derecho es su estructura igualitaria; es decir, el hecho de proteger intereses o necesidades tendencialmente generalizables o inclusivos, indisponibles e inalienables. Justamente esto es lo que los diferenciaría de los privilegios que son selectivos, excluyentes y

²⁴² PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, pp. 195- 196. También sostiene esta tesis Herbert HART quien ha limitado la posibilidad de la existencia de los derechos naturales a un solo derecho: el derecho igual de todos los hombres a ser libres. (HART, H., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo- Perrot, 1992); A una conclusión similar, pero partiendo de diferentes premisas ha llegado John RAWLS quien considera como primer principio de la justicia el derecho equivalente de cada persona al más amplio sistema de libertades compatible con un sistema similar de libertad para todos. (RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, FCE, 2006.)

²⁴³ ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990, p.110

²⁴⁴ BOCKENFORDE, op.cit., p.74.

²⁴⁵ Sobre este tema de la igualdad como principio fundante de los derechos: DWORKIN, R., *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Trad. De F. Aguiar y M., Bertomeu, Paidós, Barcelona, 2003. También defiende esta idea PISARELLO, G., *Los derechos sociales...* op.cit. pp.37-57

alienables.²⁴⁶ Si partimos de la idea que los derechos humanos encuentran su fundamento último en la igualdad, se podría defender lo sostenido por PISARELLO: “Todos los derechos civiles, políticos, y sociales, pueden fundamentarse, en realidad, en la igual satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas y , con ello, en su igual dignidad, libertad, seguridad y diversidad.”²⁴⁷ Esta idea se identifica con el concepto de igualdad material.

Los teóricos actuales en materia de derechos fundamentales defienden cada vez con mayor fuerza que más que una confrontación entre principios, se ha ido produciendo un acercamiento entre estos dos conceptos. Son muchos los autores que se oponen a la idea que dentro del discurso de derechos humanos exista una separación tajante y se tiende a considerar a la libertad y a la igualdad como complementarios y a los derechos liberales y sociales, como indivisibles e interdependientes²⁴⁸.

2.4.1.1.2 *La dignidad como continente de la libertad y la igualdad*

La doctrina actual en materia de derechos humanos concibe la dignidad humana a partir de la situación relacional del ser humano en su entorno social en lugar de hacerlo en función del hombre aislado e individualmente considerado, el cual había sido el punto de partida de la comprensión de este concepto en el Estado liberal de Derecho. A decir de KONRAD, la dimensión intersubjetiva de la dignidad “resulta trascendente para calibrar el sentido y

²⁴⁶ Esta diferenciación la hace FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 19.

²⁴⁷ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op. cit., pp. 38.

²⁴⁸ En esta línea argumentativa se encuentran PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit.; ABRAMOVICH, V., y Cristian COURTIS., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002; AÑON, M.J. Y J.G. AÑON (Coord.) *Lecciones de Derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

alcance de los actuales derechos humanos que encuentran en ella su principio fundamentador²⁴⁹. Consecuentemente, el concepto de dignidad humana- como rechazo a las condiciones opresivas y humillantes de vida- constituye un presupuesto obligado de cualquier discusión democrática en torno a los derechos fundamentales²⁵⁰.

La noción de dignidad humana, en términos normativos, posee una dimensión negativa y otra positiva. En el sentido negativo, la idea de dignidad se vincula al conjunto de condiciones que permiten la preservación de la integridad física y mental y minimizan las posibilidades de sufrimiento de la persona. En sentido positivo, la idea de dignidad supone la maximización de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. Estas dimensiones no son contradictorias entre sí. Por el contrario, si el concepto de dignidad humana tiene un valor normativo relevante es porque son precondiciones para el libre desarrollo de la personalidad y para la participación en la esfera pública. En su mayor o menor garantía dependen no sólo la integridad física y mental de la persona, sino también la posibilidad de ejercicio de las libertades personales y la calidad democrática de una sociedad determinada.²⁵¹

Si defendemos la idea del principio de dignidad humana como fundamento axiológico de los derechos fundamentales, la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos liberales y los derechos sociales resultan

²⁴⁹ KONDER, F., “Derechos innatos de la persona, dignidad de los desposeídos: Los derechos humanos en el siglo XXI: Vida o muerte de la civilización mundial” en DE VEGA, P. y MORODO, R., *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UNAM-III y UCM, 2001, p. 1682.

²⁵⁰ FERNANDEZ, E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, Dykinson, 2001, p. 91.

²⁵¹ “La dignidad humana entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensa y humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo (...) En el tránsito desde el Estado liberal al Estado Social de Derecho se ha producido una redimensión del significado constitucional del valor fundamental de la dignidad humana, que tiende a potenciar su dimensión dinámica y expansiva, al mismo tiempo que su orientación interpersonal y comunitaria.” (PEREZ-LUÑO, A., *Teoría del Derecho...*, op.cit., pp. 223-224)

obligadas²⁵². Sin la satisfacción de los derechos sociales básicos, los derechos liberales corren el riesgo de vaciar su contenido y por el contrario, también podríamos afirmar que la conquista de los derechos sociales depende, en muy buena medida, de la satisfacción de las libertades civiles y políticas que permitan reivindicarlos²⁵³.

En este sentido, resulta también evidente la interrelación de valores al momento de fundamentar derechos. Así, todos los derechos, tanto los civiles y políticos como los sociales pueden entenderse como derechos de libertad fáctica por cuanto su objetivo sería dotar a la libertad de un contenido real y estable en el tiempo, asegurando las condiciones materiales que la posibilitan tanto en la esfera privada como en la esfera pública²⁵⁴. Por otro lado, todos los derechos tanto los civiles y políticos como los sociales son derechos de igualdad, entendida como igualdad formal, que proscribela discriminación y también como igualdad material, que obliga a compensar y remover las desigualdades fácticas.²⁵⁵

En este punto podemos afirmar que así entendidos los derechos fundamentales no pretenden asegurar una mecánica de igualdad en los resultados obtenidos o en el punto de llegada. Los derechos liberales y sociales fundamentados en los principios de libertad fáctica y de igualdad material buscan garantizar, la igualdad de oportunidades reales para todos.²⁵⁶

²⁵² DOYAL, L., e I. GOUGHG, *Teoría de las necesidades humanas*, trad. de J.A MOYANO, Icaria, Barcelona, 1994, p.80.

²⁵³ “De ahí que derechos civiles y políticos como el derecho a la información, a la participación o al debido proceso puedan, en el ámbito de políticas sanitarias, habitacionales, educacionales o laborales, presentarse como instrumentos centrales para asegurar no sólo la eficacia de los derechos sino también su legitimidad, es decir, su capacidad de apelar a la autonomía y a la dignidad de quienes se postulan como sujetos.” (PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit., p.41.)

²⁵⁴ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit., p. 46 y también PEREZ LUÑO, A., *Teoría del Derecho...*, op.cit.

²⁵⁵ Sobre este tema ver ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales...*, op. Cit., pp. 47 y ss.

²⁵⁶ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit. pp. 46.

La noción de dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales en general- y de los sociales en particular- es sintetizada en la referencia que hace Teresa VICENTE sobre el tema. Esta autora señala que la afirmación de la dignidad de la especie humana como núcleo conceptual y fundamento de unos derechos humanos universales, significa que estamos reconociendo el destino de los otros y su supervivencia como condición para la conquista de la justicia y la felicidad pues esta justicia no puede encontrarla el ser humano por sí mismo sino que ha de buscarla en sociedad, lo que le pone en relación con los sistemas de necesidades básicas de los otros seres humanos. Evidentemente, garantizar como derechos aquellos bienes básicos para la autonomía y el bienestar básico de las personas como exigencia de su propia dignidad se traduce en el reconocimiento efectivo de los derechos sociales y muestra el contenido mínimo que permite realmente la cohesión social.²⁵⁷

La posición de esta investigación toma como punto de referencia la postura de la interdependencia de valores como fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales los cuales finalmente, confluyen en el principio de dignidad humana. La postura de la interdependencia de valores considera que el valor de dignidad humana, junto con la igualdad y la libertad no constituyen categorías axiológicas cerradas y estáticas, sino que se hallan abiertos a las continuas y sucesivas necesidades que el ser humano experimenta en el devenir de su historia. Esta postura defiende la idea que para la completa realización de los derechos humanos, se precisa la plena y simultánea integración de los valores de libertad e igualdad fundamentados siempre en el principio de dignidad humana ya que el logro de cualquiera de ellas a expensa de la otra constituye siempre una amenaza para el desarrollo e implantación de los derechos humanos en su conjunto²⁵⁸.

²⁵⁷ VICENTE, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p.32-33.

²⁵⁸ PEREZ LUÑO sostiene al respecto que “ Los planteamientos antinómicos, que insisten en el carácter inevitable de la supeditación de algunos valores o derechos en aras de otros, terminan por

Sin embargo, si consideramos que en la manifestación concreta de un derecho, si bien es cierto que confluyen los principios de libertad o igualdad en su fundamentación, se puede observar también que un valor puede tener una mayor incidencia en el derecho sobre el otro. Sin embargo, en ningún caso van a prevalecer al principio de dignidad humana, por ser este principio la base sobre la cual se construye la fundamentación axiológica general del estatuto de derechos humanos.

Un claro ejemplo lo encontramos en el derecho a huelga. En principio, es clásico encontrarlo en el catálogo de derechos sociales por ser producto de las reivindicaciones sociales de finales del siglo XIX y formar parte del catálogo de derechos incluidos en el constitucionalismo social. Sin embargo se ha reconocido que la faceta más clara del derecho a huelga es la ser un derecho de libertad, en concreto, a la libertad de manifestación en defensa de las condiciones laborales. Se puede observar que el derecho a huelga encuentra su fundamento tanto en el principio de libertad (la no injerencia de la fuerza pública en el ejercicio de la manifestación) como en el principio de igualdad (la razón de la manifestación es el mejoramiento de las condiciones laborales). Independientemente de la discusión respecto a cual principio es el que más incide en el momento de la concreción del derecho (el cual se concreta a través de un ejercicio de ponderación), no se puede sostener que el derecho a huelga solo tenga como único fundamento axiológico o a la libertad o a la igualdad. De todas formas, en todas sus manifestaciones, la libertad y la igualdad confluyen en el principio de dignidad humana.

2.4.1.1.3 *La solidaridad y la seguridad jurídica*

debilitar incluso la consecución de aquellos valores que pretenden afirmar”. PEREZ LUÑO, A. *Teoría de los derechos...*, op.cit., p.233.

Mención aparte merecen los principios de solidaridad y el de seguridad jurídica, los cuales ya habían sido mencionados como principios informadores del Estado social de Derecho. En el caso de los derechos sociales, constituyen valores accidentales que -al constitucionalizarse como principios- informan su interpretación como elementos normativos-constitucionales del Estado social. Consideramos que la solidaridad no constituye un valor fundacional de los derechos sociales, sólo accidental, pues su fundamento no se encuentra en el concepto de dignidad humana, sino que surge de la idea de colectividad. Por otro lado, la seguridad jurídica es accidental por constituir un valor meramente procedimental del Estado social.

La solidaridad aparece como una reactualización del principio de “*fraternité*” que surge durante la Revolución Francesa de 1789, como conciencia de pertenencia a una colectividad. En un primer momento, surge de la noción cristiana de caridad aunque después fue secularizado en los textos revolucionarios con lo que su connotación cambió. En el primer Estado social de cuño liberal-conservador, la solidaridad consistía en la caridad que producía la beneficencia para configurar un Estado asistencialista. Frente a esta concepción, la solidaridad daba lugar a deberes de justicia social que se traducían en una serie de servicios comunitarios²⁵⁹.

El principio de solidaridad ha logrado constituirse, actualmente, como un principio informador del actual modelo de Estado Social de Derecho. En este sentido, la solidaridad justifica la realización de los derechos sociales y es fundamento de la adscripción y distribución de bienes y recursos según las necesidades. A decir de MONEREO: “(...) Es un deber exento de contraprestación, cuyo obligado principal son los poderes públicos y los ciudadanos, y cuyo beneficiario es siempre la colectividad”²⁶⁰.

²⁵⁹ MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías...*, op.cit., pp. 56.

²⁶⁰ *Ídem*, pp.57

DE LUCAS sostiene que la solidaridad es una virtud pública indispensable en la relación con los otros y que se traduce en una ayuda mutua. La define como “conciencia conjunta de derechos y obligaciones que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento²⁶¹”. Pero no sólo hemos de resaltar el elemento de la heterogeneidad en la noción de solidaridad sino que también VASAK destaca que la solidaridad proviene de una cierta concepción de la vida en comunidad y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social²⁶². Aquí se trata, entonces, de aceptar la heterogeneidad y asumir los intereses del otro como propios sin quebrar la propia identidad²⁶³ además de asumir la idea de vinculación del individuo y la comunidad que permite conjugar autonomía e integración en el concepto de responsabilidad colectiva²⁶⁴.

Como valor que se imprime en el Estado social de Derecho, NINO afirma que la aceptación política del valor solidaridad supone la concepción de los derechos humanos como actuaciones positivas de los poderes públicos que justifican la adscripción de deberes positivos, es decir, de obligaciones de hacer, convirtiéndose en relevante el concepto de omisión²⁶⁵. Partiendo de esta idea, GONZÁLES AMUCHASTEGUI afirma que al asumir el deber de solidaridad, descartamos que nuestra moral interna y nuestro sistema político y jurídico gire en torno al prejuicio egoísta, rechazamos la idea de que no debemos nada a los demás y defendemos que los deberes positivos

²⁶¹ DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, México, Ed. Fontamara, 1993, p. 31

²⁶² VASAK, K., “Human rights: as a legal reality”, en *The international dimensions of human rights*, Connecticut, Greenwood Press, 1982, p. 3-10.

²⁶³ “(...) el afecto de saberse unidos hacia el mismo objetivo, de saber que todo lo que uno tiene de valor y todo lo que se reconoce de valor en los demás procede del objetivo común”. BLOCH, G., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Dykinson, 1ºed., 2011, p.171.

²⁶⁴ BEA, E., “Los derechos sociales ante la crisis del Estado de bienestar” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. 10, Madrid, Sociedad Española de Filosofía Política y Jurídica, 1993, pp.124

²⁶⁵ NINO, C.S., *Ética y Derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984, 304 pp.

constituyen una noción moral plenamente justificada y un elemento básico de nuestro sistema de ética normativa.²⁶⁶

En este sentido, la solidaridad ha de entenderse como un valor accidental de los derechos sociales fundamentales que se articula a través de deberes de los poderes públicos y ciertos ciudadanos, pero que no presupone la existencia de un deber general de todos a ser solidarios. Consiste, sobre todo, en un principio informador de Estado social de Derecho. Sin embargo, respecto a los derechos sociales fundamentales, constituye sólo un valor accidental, que al inspirar al Estado social afecta al reconocimiento de los derechos sociales fundamentales. En definitiva, no constituye un fundamento primario de estos derechos, pues los derechos fundamentales en general encuentran su pilar fundamental en la dignidad humana, noción que nace de entender al ser humano como fin en sí mismo, a diferencia de la solidaridad, que nace de la idea de colectividad.

Por último, no podemos dejar de mencionar el principio de la seguridad jurídica. Más que un valor, presupone una condición *sinequanon* para el logro de los fines del Estado social y, consecuentemente, los derechos sociales. Explica PECES BARBA que implica la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretende eliminar el miedo y favorecer un clima de confianza en las relaciones sociales, entre los seres humanos que intervienen y hacen posible esas relaciones. Actúa en tres dimensiones con relación al poder estatal. Así, afecta al origen del poder (legitimidad jurídica), al ejercicio del poder (procedimientos de decisión jurídica respecto a órganos y reglas) y al mismo poder (principios de organización y de interpretación en el Derecho). Es el *mínimum* existencial que permite el desarrollo de la dignidad humana y hace posible la vida, el mantenimiento de

²⁶⁶ GONZÁLES AMUCHASTEGUI, J., “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político” en *Sistema. Revista de Ciencia Sociales*, Madrid, nº 101, 1991, p.134.

esa vida con garantías y la posibilidad de una comunicación con los demás, sin sobresaltos, sin temor y sin incertidumbre.²⁶⁷

En definitiva, la seguridad jurídica no es tanto un valor que informa al sistema jurídico como una condición necesaria para la consecución de su función normativa. En tanto, debe entenderse como valor procedimental que pretende crear un sistema de normas y de garantías para la realización del ser humano como ser individual y social. El Estado social de Derecho y los derechos sociales fundamentales tienen, en parte, su fundamento en este tipo de seguridad que supone, en el caso de estos derechos, no sólo certeza sino además confianza y esperanza porque los más débiles no son librados ante los más fuertes. Este principio asegura que cada individuo pueda afrontar su realización como ser humano con las necesidades básicas resueltas. Supone, a decir de PECES-BARBA, la seguridad frente a la desesperanza.²⁶⁸

2.4.1.1.4 *La interrelación de los valores informadores de los derechos sociales y la posición del “positivismo matizado”*

Los derechos sociales surgen debido a una lucha de clases en un periodo de transición entre- lo que PECES-BARBA llama- el proceso de positivización y el de generalización; un periodo que evidenció la necesidad de superar las contradicciones entre la proclamación general de derechos a los sujetos abstractos y la restricción en el ejercicio real de esos derechos a las clases empobrecidas.²⁶⁹

²⁶⁷ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, op.cit, p.246

²⁶⁸ *Ídem.*

²⁶⁹ PECES- BARBA, G., *Curso...*, op.cit., p.53.

En este proceso surgen nuevos derechos basados en la dimensión social y real que se unen a los ya reconocidos derechos civiles y políticos basados en la dimensión individual y formal del ser humano. Estos derechos complementan el catálogo de derechos fundamentales que aparecen en el primer constitucionalismo liberal para cubrir las deficiencias del sistema, reconociendo las necesidades reales de las personas que no participaban efectivamente de los beneficios del sistema liberal²⁷⁰.

En un principio, los derechos sociales no surgen para paliar las desigualdades de la genética social, sino para justificar el sistema capitalista, satisfacer las demandas del proletariado y perpetuar el orden económico y social.²⁷¹ Por ello, la aparición de este nuevo “catálogo” de derechos referidos a la dimensión social de la persona llevó a los académicos a diferenciar entre “generaciones” de derechos. En efecto, se hizo una división entre una primera generación de derechos reivindicados en las revoluciones liberales del siglo XVIII y fundamentados en la dimensión individual de la persona, los derechos civiles y políticos; y una segunda generación de derechos producto de las revoluciones sociales del siglo XIX y fundamentados en la dimensión social de la persona, los llamados derechos sociales.

Esta división de derechos en “generaciones” sirvió al constitucionalismo de principios de siglo XX al momento de positivar los derechos fundamentales,

²⁷⁰ “Al menos desde un punto de vista normativo, el constitucionalismo democrático ha comportado una relectura de Locke en clave igualitaria. En virtud de la misma, se propugnan unos mínimos sociales que, junto a los derechos de libertad, pertenecen a todas las personas, son previos al propio contrato social y, por lo tanto, resultan indisponibles tanto para el Estado como para el mercado. Esos derechos sociales básicos no se oponen a los derechos de libertad, sino que constituyen su natural correlato cuando ésta última se concibe no sólo en su dimensión negativa, como no intromisión, sino también en su faceta positiva, como libertad-poder.” (PISARELLO, G., “Los derechos sociales en el Constitucionalismo democrático” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM-III, N° 92, Mayo- Agosto 2006, pp. 5-7)

²⁷¹ José Luis MONEREO analiza las razones por las que se originan los derechos sociales en el sistema capitalista e indica que una de las razones fuertes para el reconocimiento de estos derechos fue la de justificar el sistema, reconociendo “concesiones” a la clase obrera a fin de acabar con la revolución. (MONEREO PEREZ, J.L, *Fundamentos doctrinales ...*, op.cit., Madrid, Ed. Trotta, 1999.)

separando los derechos civiles y políticos de los derechos sociales en dos “especies” diferentes del “género” derechos fundamentales, incluyéndolos en las Constituciones de forma separada y creando diferentes mecanismos de garantías para cada grupo de derechos. En realidad, originó un entendimiento diferenciado de los derechos fundamentales. Se entendieron los derechos civiles y políticos como verdaderos derechos previos, originales, y únicos susceptibles de ser exigidos y garantizados mientras los derechos sociales fueron considerados como simples normas programáticas, instrumentales, sin contenido determinado y no susceptibles de exigibilidad²⁷².

La división de los derechos en “generaciones” también fue adoptada en el naciente Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el cual- a pesar de que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los derechos civiles y políticos y los derechos sociales se encontraban contenidos indistintamente en todo el cuerpo normativo de la Declaración- los derechos fueron separados en dos Pactos distintos, creando dos cuerpos normativos distintos y dos mecanismos de garantías de derechos completamente diferentes.²⁷³ Esta división ha tenido graves repercusiones en el reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales y ha originado que sean considerados derechos de segunda “categoría”, subsidiarios a los derechos individuales, civiles y políticos.

²⁷² PISARELLO, G., “Las garantías de los derechos sociales...”, *op.cit.* Alessandro PIZZORUSSO sostiene que: “Se ha dicho en concreto que estos últimos se solucionan generalmente con una atribución al titular del derecho que obliga a los poderes públicos a esforzarse en la realización de ciertos objetivos; mientras que los derechos de la primera generación se solucionan por lo común con una reivindicación de la libertad de hacer (o de no hacer) algo, sin padecer interferencias por parte de los poderes públicos.” (PIZZORUSSO, A., “Las generaciones de Derechos” en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, Vol. III, Madrid, 2002 pp. 493-514).

²⁷³ Magdalena Sepúlveda señala que este cambio de rumbo, de una Declaración a dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, se dieron básicamente por razones políticas. Citando a C. Scott, señala que los argumentos para la elaboración de dos pactos diferentes fueron a) argumentos relativos a la naturaleza de las obligaciones y a la forma de implementarlas b) argumentos de carácter ideológico y político y c) por razones prácticas y pragmáticas. (SEPÚLVEDA, Magdalena, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los Pactos de Naciones Unidas”, en CANTON, O. y CORCUERA, S., *Derechos económicos, sociales y culturales: Ensayos y Materiales*, México, Ed. Porrúa, 2004, pp. 109-147.)

Al respecto, AÑON señala que la clasificación de los derechos fundamentales por “generaciones” tiene sobre todo relieve para la historia de los acontecimientos constitucionales de la época contemporánea y de los últimos dos o tres siglos, pero no presenta un carácter lo suficientemente preciso para poder ser utilizada como una noción jurídica, ni en el plano legislativo, ni en el de la interpretación sistemática; en el ámbito doctrinal, jurisprudencial o de cualquier otro tipo.²⁷⁴

Sostenemos aquí la idea, ya defendida por una fuerte corriente doctrinal y por jurisprudencia nacional e internacional en materia de derechos humanos, de la interdependencia y la indivisibilidad de derechos, según la cuál no se puede pretender garantizar los derechos civiles y políticos sin previamente satisfacer los derechos sociales y viceversa.²⁷⁵ Aunque este punto parezca innecesario y repetitivo, es fundamental para entender la función de los derechos sociales como derechos fundamentales en el marco de Estado Social y democrático de Derecho.

Sin ánimos de entrar a un exhaustivo análisis de esta discusión, es menester para nosotros optar por una posición al respecto. Y desde aquí suscribimos la posición de un amplio sector mayoritario de la doctrina constitucional que

²⁷⁴ “Si lo que se pretende es eso, deben referirse otras clasificaciones —por lo demás, desde hace tiempo manejadas por la doctrina constitucional—, como son las que contraponen los derechos de libertad, que se realizan con la interdicción de las injerencias de los poderes públicos en la esfera propia de los individuos (y que tienen su punta de lanza en la libertad de circulación y establecimiento), de las que se realizan en la libertad de conciencia y expresión (con sus relativas especificaciones y con las libertades instrumentales de la misma) y de las que comportan pretensiones para beneficiarse constitucionalmente de formas de previsión y asistencia aseguradas”. (AÑON, J.M., “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, N°40, 2002, p. 32.)

²⁷⁵ Véase en particular, la Declaración y el Programa de acción de Viena, adoptados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, cuyo artículo 5 establece que: “Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sea cual fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

acepta la fundamentación jurídica-material del “positivismo matizado”²⁷⁶, basada en una moral históricamente incorporada al ordenamiento jurídico y encauzada al concepto de dignidad humana (relacionado directamente con la libertad y la igualdad). Estos valores positivizados constituyen la llamada “ética pública”, legitiman el Estado social y democrático de Derecho y otorgan un contenido material a la Constitución.

Señala MONEREO que la ética pública no establece una concepción fija e inamovible de “vida buena”, sino que fomenta la condición de todos los individuos como seres autónomos y libres, garantizando la “ética privada”. A partir de una “moral crítica” es posible objetar aquello ya plasmado en el derecho positivo y promover a través de nuevas reivindicaciones el progreso social. En este sentido, la “moral positivizada” debe ser matizada con las aportaciones de las teorías consensuales (de la idea de diálogo abierto y flexible en el ámbito espacial y temporal en torno a los valores) y las teorías de las necesidades (necesidades humanas básicas que evolucionan en el tiempo y sin las cuales el hombre no se puede considerar satisfecho en su dignidad)²⁷⁷.

2.4.1.2 *La situación actual de la discusión doctrinal respecto a la justificación material de los derechos sociales fundamentales*

²⁷⁶ El positivismo matizado es inaugurado en la doctrina española por PRIETO SANCHÍS, al referirse a un positivismo que incorpora valores en el ordenamiento jurídico. (PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.136.) Sobre el positivismo matizado de PRIETO SANCHÍS ha escrito RAMOS PASCUA : “En cualquier caso, aunque, como digo, la posición de Prieto en relación con los principios jurídicos es claramente positivista, debe reconocerse que se trata de un positivismo matizado y hasta refinado, inspirado, según creo, en la doctrina de H. L. A. Hart. Es cierto que Hart apenas alude en su obra a los principios, y cuando lo hace es de forma incidental en sus réplicas a las críticas de Dworkin, pero la doctrina que sobre ellos esboza coincide en lo esencial con la que Prieto desarrolla más ampliamente.” (RAMOS PASCUA, J., “Sobre principios y normas” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº10, Madrid, Sociedad Española de Filosofía Política y jurídica, 1993, p.538.)

²⁷⁷ MONEREO, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social...*, op.cit., p.67-68.

En la doctrina de los derechos sociales fundamentales, existen dos posiciones claramente diferenciadas respecto a su justificación material. La primera posición señala a los derechos sociales como medios de realización de los derechos civiles y políticos, también llamada “justificación instrumental”. La segunda posición reconoce una justificación propia en base a una fundamentación independiente de los derechos sociales, que parte del concepto de necesidades, también conocida como “justificación independiente”.

En referencia a la primera posición, ésta es referida por Robert ALEXY cuando afirma que el argumento principal a favor de los derechos sociales es un argumento de libertad²⁷⁸. Respecto a este argumento, ubica en él dos tesis. La primera tesis reza que la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica, es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor.²⁷⁹ La segunda tesis reza que bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un “ámbito vital dominado por ellos”, sino que depende esencialmente de actividades estatales. Por ello, afirma que para justificar la adscripción de los derechos sociales con ayuda de un argumento de libertad, hay que fundamentar que la libertad que los derechos fundamentales debe asegurar incluye la libertad fáctica²⁸⁰.

²⁷⁸ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 486.

²⁷⁹ La misma idea de libertad la defiende VON STEIN al afirmar: “La libertad es sólo real cuando se poseen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación.” (VON STEIN, L., *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Munich, 1921, t.3, pag. 104; Citado en: ALEXY, R., *Ídem.*) También el Tribunal Constitucional Alemán se ha manifestado al respecto: “El derecho de libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder hacer uso de él.” (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, BversfGE, 33, 303, (p. 331).)

²⁸⁰ Al respecto, ALEXY encuentra dos argumentos: 1) la importancia de la libertad fáctica para el individuo 2) que la libertad fáctica es iusfundamentalmente relevante no solo bajo el aspecto formal de aseguramiento de cosas especialmente importantes, sino también bajo aspectos materiales. (ALEXY, R., *Teoría...*, *op.cit.*, pp.487)

En esta misma línea argumentativa, BOCKENFORDE sostiene que los derechos fundamentales sociales encuentran su justificación no como contraprinzipio frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio de aseguramiento de la libertad²⁸¹. Dentro de la doctrina española, es PECES BARBA el que sostiene mejor este argumento al afirmar que la libertad es la clave de bóveda de la fundamentación de los derechos por ser la expresión de la dignidad humana como consideración como fin en sí, como algo valioso.²⁸²

Esta postura también justifica los derechos sociales como medios de realización de derechos políticos. Esta idea es defendida por HABERMAS, para quien los derechos sociales son medios de disfrute en condiciones de igualdad de los derechos políticos²⁸³. Este autor sostiene que los derechos sociales emergen como condiciones extrajurídicas jurídicamente institucionalizadas que hacen posible a la ciudadanía la conformación de la Ley. En la misma línea de pensamiento, AÑÓN afirma que la atribución de derechos sociales de ciudadanía puede darse como “derechos de integración” donde este proceso puede verse como un ámbito de construcción de autonomía e inmunidad de los ciudadanos frente al mercado. Considera que la garantía de necesidades humanas básicas es el contenido mínimo necesario de la autorrealización del individuo y posibilita una efectiva capacidad de elección²⁸⁴.

También GOMES CANOTILHO considera necesario el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales para la construcción de una verdadera ciudadanía. Así afirma que por debajo de un cierto nivel de bienestar

²⁸¹ BOCKENFORDE, E., *State, Society, and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law*, Berg, New York, 1991.

²⁸² PECES-BARBA, G., *Curso de derechos...*, op.cit., p.215.

²⁸³ HABERMAS, J., *Facticidad y validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 147

²⁸⁴ AÑÓN, M.J., “Ciudadanía Social: La lucha por los Derechos Sociales” en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº6, Valencia, Universidad de Valencia, 2002. En www.uv.es/cefd/6/anyon.htm el día 16/05/2013.

material, social, de aprendizaje y de educación, que los derechos sociales garantizan, las personas no pueden tomar parte en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos iguales.²⁸⁵

La segunda posición respecto al tema de la justificación material de los derechos sociales fundamentales es aquella que defiende la idea de que los derechos sociales poseen una justificación independiente, pues constituyen fines en sí mismos. Este es el punto de partida con el que TUGENDHAT construye su fundamentación de los derechos sociales en el marco del Estado Social de Derecho. Este autor sostiene que el principio moral del respeto recíproco es un fundamento de los derechos humanos que hace necesario asumir los derechos sociales y restringir los derechos de propiedad. Por tanto, el sistema de los derechos fundamentales no debe encontrar su justificación exclusivamente en la idea de la libertad, pues esta resulta siendo insuficiente respecto a la realidad de los derechos fundamentales de “los grandes sectores de la comunidad que no pueden valerse por sí mismos”²⁸⁶.

Dicho esto, el autor propone construir el sistema de derechos fundamentales tomando como fundamento de este sistema, el concepto de necesidad²⁸⁷. La

²⁸⁵ GOMES CANOTILHO, J.J. , *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 432.

²⁸⁶ TUGENDATH, E., *Problemas: Lenguaje, moral y trascendencia*, Barcelona, Biblioteca Gedisa, 2010, p.288.

²⁸⁷ TUGENDATH, E., *Lecciones de ética*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, p.338. AÑÓN Roig y DE LUCAS insisten en que no hay que confundir necesidades y derechos, y que las necesidades juegan un papel prioritario como razones justificativas. Sostienen que la función de la argumentación a través de las necesidades consistiría en aportar buenas razones para fundamentar los derechos. (DE LUCAS, J. y AÑÓN ROIG, M. J., “Necesidades, Razones, Derechos”. En: *Doxa*, Nº 7, 1990, pp. 55 a 81, 283 y ss.) GARZÓN VALDÉS va más allá refiriendo que los derechos incluidos en el coto vedado son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, también llamadas necesidades básicas, tanto en su versión de naturales como derivadas. El concepto de coto vedado que desarrolla Garzón Valdés, apelando a una vía negativa, abarca el ámbito en el que se tienen que resguardar los derechos fundamentales no negociables como condición necesaria de la democracia representativa. Y, señala, quien introduce este catálogo de derechos en el coto vedado suele ser la asamblea constituyente, que tendrá que hacer correcciones periódicas según las expansiones que se vayan produciendo en las necesidades básicas derivadas. (GARZÓN VALDEZ, E., *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 56.)

idea de “necesidad” inherente al ser humano no resulta incompatible al liberalismo jurídico-político, pues concilia la idea del sujeto autónomo y capaz con el mandato de satisfacción de necesidades. Por esta razón, puede enmarcarse dentro del Estado Social de Derecho. La “necesidad” se extiende sobre el plano de las necesidades básicas y bienes indispensables para la subsistencia. En consecuencia, la satisfacción de las necesidades básicas de las personas -en general- exige la creación de normas de cooperación económica y social, que también se integran el contenido de los derechos fundamentales. Estas normas de cooperación se fundamentan en el principio de solidaridad, justifican el reconocimiento de derechos sociales fundamentales y prescriben al Estado obligaciones positivas con un doble efecto irradiador. En primer lugar, estos deberes se proyectan sobre el propio afectado. Si el afectado no puede satisfacer por sí mismo sus necesidades, se traspasan al Estado y a la sociedad²⁸⁸.

En la teoría de TUGENDHAT, la “necesidad”²⁸⁹ contingente de la persona ofrece una justificación independiente de los derechos sociales. Para el autor, los derechos fundamentales se justifican en el reconocimiento de la “necesidad humana”; es decir, aceptar que el ser humano tiene determinadas necesidades inherentes cuya satisfacción es uno de los fines principales de los Estados. Por ello, rechaza que las normas que tipifican los derechos fundamentales sociales sean un medio para la realización de la libertad. Afirma que estos tienen “la finalidad propia de ofrecer a todos los individuos las condiciones mínimas para satisfacer sus necesidades básicas y para sobrellevar una existencia digna”.²⁹⁰

²⁸⁸ *Ídem.*

²⁸⁹ Esta posición concuerda con el concepto de “capabilities” de Amartya SEN en torno a la titularidad de los derechos. También fundamentando su teoría en las necesidades humanas, SEN afirma que la justicia distributiva en el Estado debe tomar en cuenta las capacidades humanas al momento de determinar la titularidad de un derecho, en el sentido de permitir a cada quien satisfacer sus necesidades. “In the capability- based assesment of justice, individual claims are not to be assessed in terms of resources or primary goods the persons respectively hold, but in terms of the freedom they actually enjoy to choose between different ways of living that they can have reason to value” (SEN, A., *Justice: Means vs. Freedoms*, Philosophy and Publics affairs, n°19, 1990, p. 116.)

²⁹⁰ TUGENDHAT, E., *Lecciones...*, *op.cit.*, p. 344 y s.

En nuestra opinión, la tesis de la justificación independiente defendida por TUGENDHAT complementa la idea de una justificación instrumental de los derechos sociales. En este sentido, los derechos sociales fundamentales hacen reales las exigencias de la libertad, al concretizarla en la realidad social pero sobre todo, son fines en sí mismo, en el sentido de que aspiran a satisfacer algo más que la libertad real: aspiran a la realización del ser humano, garantizándole los elementos necesarios para la concretización de sus aspiraciones humanas. Este nexo de complementariedad se da, pues el ámbito de los derechos sociales tiene un contenido bastante amplio.

En esta investigación se considera que los derechos sociales son fines en sí mismos, cuya fundamentalidad se da en razón de la importancia de los valores que le fundamentan en el Constitucionalismo social de inicios del siglo XXI. Sin embargo, el fundamento de los derechos sociales no puede considerarse inalterable ni temporal ni espacialmente. Para que no pierdan su vigencia deben de adaptarse a las nuevas necesidades humanas en el ámbito social, pero también deben mutar de acuerdo al diálogo que debe darse entre seres lingüísticos, dentro de la esfera social.

Ahora bien, el Estado social de Derecho- al ser manifestación del Estado constitucional de Derecho- adopta matices propios, y altera el derecho positivo en sus efectos antes planteados, de forma distinta a como lo hizo el Estado liberal de Derecho. En efecto en el constitucionalismo social, los derechos sociales- su principal manifestación- son plenamente derechos fundamentales y actúan como criterios de verificación de otras normas, justifican una re-lectura de la Constitución y sus normas en orden a los valores que les fundamentan y alteran la forma de aplicación judicial del derecho. Resolvimos la cuestión de los valores contenidos en los derechos sociales fundamentales en la primera parte de este capítulo y resolveremos la cuestión de la aplicación judicial de los derechos sociales posteriormente.

Ahora me centraré en la identificación de los derechos sociales como normas jurídicas- constitucionales.

2.4.2 Los derechos sociales desde una óptica jurídico-formal: su función como normas jurídico-constitucionales

En el constitucionalismo contemporáneo, los derechos sociales fundamentales son entendidos como normas jurídicas-constitucionales que poseen una doble función o, a decir de HESSE y HABERLE, un doble carácter. Estos autores afirman que los derechos fundamentales son no sólo derechos individuales subjetivos del individuo y del grupo, sino que además tutelan conexiones objetivas, complejos de normas constituidas por el derecho positivo las cuales operan en un plano objetivo, por encima de las personas, como directivas constitucionales y principios para la actuación legislativa del Estado²⁹¹.

Desde el momento de su constitucionalización, los derechos sociales como derechos fundamentales no sólo actúan como derechos subjetivos sino como normas objetivas del ordenamiento jurídico que imprimen en la Constitución la persecución de sus fines de naturaleza social. En este sentido, los derechos sociales fundamentales gozan de un carácter subjetivo y de un carácter objetivo en el ordenamiento jurídico. Esta bifuncionalidad condiciona la forma en la que el derecho social fundamental actúa en el ordenamiento jurídico. En el primer caso, actúa como norma jurídico-subjetiva y en el segundo caso como principio constitucional informador e integrador. Es la segunda función la que permite su presencia en todos los aspectos de la

²⁹¹ HESSE, H. y HABERLE, P., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1995, pp. 127 y ss. Citado por HABERLE, P., “Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP, 2001, p. 50.

realidad constitucional, condicionando la interpretación de las disposiciones constitucionales al respeto de la obligación de actuar en el sentido del valor consagrado por el principio.²⁹²

AÑÓN considera que los derechos fundamentales cumplen una tercera función en el Estado constitucional, la función institucional- garantista. El autor analiza el fundamento de los derechos fundamentales desde una doble perspectiva: política y jurídica. Señala que en el paradigma constitucional, los derechos fundamentales son la pieza clave que justifica el Derecho y el Estado donde- desde esta perspectiva- el Estado es un mero instrumento de tutela de los derechos fundamentales y como tal fundamento, le imponen fines y objetivos que deben ser realizados. Estos derechos son así, un contenido básico del orden jurídico, tanto en sentido formal como material, dado que son estos derechos los que disponen límites materiales para los poderes públicos y privados y establecen, asimismo, los fines básicos a los que éstos deben orientarse²⁹³.

El autor afirma- entonces- que en el Estado constitucional, los derechos fundamentales son a la vez garantías institucionales, normas objetivas del sistema jurídico y derechos subjetivos, en tanto que libertades, potestades, pretensiones e inmunidades normativas protegidas por el ordenamiento jurídico. Junto a esta doble dimensión –objetiva y subjetiva – se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador y también en las relaciones entre particulares²⁹⁴.

Aceptamos la tesis de AÑÓN sobre la multifuncionalidad de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico: junto a la dimensión subjetiva y objetiva,

²⁹² RODRIGUEZ, S., *Los principios generales del Derecho*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de publicación e intercambio científico, 2008, p.86.

²⁹³ AÑÓN, J.M, “Derechos fundamentales...”, *op.cit.*, p.26.

²⁹⁴ *Ídem*, p.29.

el autor propone una función garantista la cual será analizada posteriormente. Aquí sólo analizaremos el debate en torno a la consideración de los derechos sociales como derechos subjetivos y objetivos del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en este punto se inicia otra discusión en torno a los derechos sociales como normas jurídicas- constitucionales. Nos referimos al debate respecto a su naturaleza jurídica y su estructura.

2.4.2.1 La naturaleza jurídica de los derechos sociales fundamentales

Desde el momento en que los derechos sociales fueron incorporados de forma generalizada en las Constituciones Políticas de los Estados, a partir de los años cincuenta del siglo XX, la doctrina ha venido discutiendo la naturaleza jurídica de las normas constitucionales de contenido social. Este ha sido un debate largo y fructífero, el cual se vio afectado por los eventos políticos mundiales relacionados con los derechos sociales y el Estado social, como el desarrollo y posterior fracaso del Estado de bienestar, la grave crisis económica de los años 70 y 80, el advenimiento y consolidación del neocapitalismo y la globalización.

Actualmente, se ha retomado el interés por el tema, debido a la última gran crisis que azota la economía occidental a partir del 2008, que actualmente ha alcanzado cifras-records y que no vislumbra mejoría en un futuro próximo. No podemos desconocer que la íntima relación entre el Derecho y la Política condiciona la forma en la que los juristas piensan y construyen las instituciones constitucionales y entre estos, los derechos fundamentales. Y es esta cuestión la que condicionó el debate en torno a la naturaleza jurídica de los derechos sociales.

La naturaleza jurídica de los derechos sociales interesa para resolver dos preguntas concretas: 1) si los derechos sociales son o no justiciables y 2) la cuestión sobre el carácter de las disposiciones normativas que proclaman²⁹⁵. Es en esta última interrogante en el que centraremos la atención en los próximos párrafos, aunque no de manera exhaustiva porque en el cuarto capítulo estas dos interrogantes serán resueltas de forma más completa. Ahora me limitaré a exponer la discusión doctrinal en torno al tema.

Afirma BERNAL PULIDO²⁹⁶ que el problema que da lugar a las diferentes concepciones de derechos sociales consiste en establecer si, a partir de las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales, pueden derivarse verdaderos deberes legislativos y administrativos que se concreten en posiciones subjetivas exigibles judicialmente; o si por el contrario, en ningún caso pueden determinarse estos deberes y entonces debe concluirse que los derechos sociales únicamente tienen un sentido político y no vinculante.²⁹⁷

Por ello, para determinar la naturaleza jurídica de los derechos sociales fundamentales, existen actualmente cuatro posturas fuertemente arraigadas en la doctrina constitucional, las cuales han sido planteadas según la

²⁹⁵ DE CASTRO CID, B; *Los derechos económicos, sociales y culturales...*, op.cit., p.272

²⁹⁶ BERNAL PULIDO, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales: una crítica a ¿Existen derechos sociales? De Fernando Atria” en *Discusiones*, Año IV, N°4 , Argentina, Universidad Nacional del Sur, Febrero 2005.

²⁹⁷ Este enfrentamiento de concepciones entre los derechos sociales como normas políticas y derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales se puede observar en un fructífero debate que se desarrolló entre Carlos BERNAL PULIDO, José Antonio CRUZ PARCERO, Roberto GARGARELLA, quienes reaccionaron a un provocador artículo publicado en la revista “Discusiones” por el chileno Fernando ATRIA. Posteriormente, también Cristian COURTIS entró a la discusión, llegando a señalar que el trabajo de ATRIA, quien consideraba que en el origen socialista de los derechos sociales se encontraba su imposibilidad para ser verdaderos derechos y que a lo mucho podían llegar a ser derechos políticos, constituye una pieza provocadora pero básicamente inútil desde el punto de vista práctico, pues no ofrece una alternativa para el esclarecimiento de los derechos sociales en los textos constitucionales y en los tratados de los derechos humanos. (ATRIA, F., ¿Existen derechos sociales? Y “Réplica: derecho y político a propósito de los derechos sociales” en *Discusiones*, año IV, num.4, Argentina, Universidad Nacional del Sur, Febrero 2005, pp.15-59 y 145-176.) El debate con los autores antes señalados, se desarrolló en esta misma revista. Sobre la intervención de COURTIS ver COURTIS, C; “Tres discusiones sobre derechos sociales” en *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Ed. Fontamara, 2009, pp.49-50.

evolución que han tenido los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo.

La primera postura considera a los derechos sociales como *normas programáticas*. Esta tesis surge del iuspublicismo alemán y fue expuesta por SCHMITT²⁹⁸ para explicar el fracaso del constitucionalismo de Weimar y posteriormente retomada por FORSTHOFF²⁹⁹, para negarle carácter vinculante a los derechos sociales en la Constitución alemana.

La concepción de los derechos sociales como normas programáticas niega que los derechos sociales vinculen jurídicamente al legislador. Expone para ello tres razones: 1) la afirmación que los únicos derechos vinculantes son los derechos liberales 2) que el carácter indeterminado de los derechos sociales impiden conocer la relación obligacional y 3) el hecho de que la elección de los medios prescritos corresponde al legislador. Así concebidos, los derechos sociales sólo cumplen una función política de fuente de inspiración del contenido de las leyes. Su función jurídica no se proyecta frente a la ley sino que comienza a partir de la ley. Por tanto, el único efecto de los derechos sociales en el plano legislativo es el de habilitar al legislador para la restricción legislativa de las libertades. En este sentido, los derechos sociales no suponen una “obligación” sino una “facultad” al legislador para limitar los derechos de libertad, con el objetivo de cumplir los principios rectores del modelo del Estado social de Derecho. En definitiva, funcionan como “programas de acción” para el legislador y los demás poderes, pero sin suponer normas jurídicas en sentido estricto.

²⁹⁸ La tesis de SCHMITT defendía la idea de que sólo en un Estado socialista puede reconocerse verdaderos derechos sociales, en lugar de los derechos de libertad negativa. Por esta razón los derechos sociales contenidos en la constitución de Weimar sólo podían ser interpretados como normas programáticas que el legislador podía desarrollar a su arbitrio. (SCHMITT, K., “Grundrechte und grundpflichten” en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2ºed., Berlin, 1973,p.212.)

²⁹⁹ Señala FORSTHOFF que a partir de la fórmula de Estado social no pueden derivarse derechos ni deberes concretos. (FORSTHOFF, E., “*El Estado de la sociedad industrial*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 258 y ss.)

A esta concepción es posible oponerse con tres argumentos. En primer lugar, la idea de libertad negativa como única faceta digna de protección de los derechos fundamentales, en el Estado social de Derecho, ha sido superado³⁰⁰. En segundo lugar, no creemos suficiente el argumento de la indeterminación de los derechos sociales, pues consideramos que todos los derechos fundamentales son, en mayor o menor grado, indeterminados³⁰¹ y sin embargo, esto no es condicionante de su carácter vinculante. Al momento que los derechos sociales son prescritos en la Constitución Política, se crean verdaderos deberes de carácter constitucional que obligan al legislador y a la administración a adoptar uno de los medios posibles, así como el logro de un nivel mínimo de satisfacción del fin establecido. Finalmente, rechazamos la idea de la incompatibilidad de la función judicial y la salvaguarda de los derechos sociales pues consideramos que las competencias judiciales para la protección y la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones constitucionales sociales son compatibles con las funciones del Legislativo y del ejecutivo y finalmente, necesarias en la configuración de un Estado social y sobre todo, democrático y constitucional³⁰².

³⁰⁰ Sobre este tema, nos referimos en el primer capítulo.

³⁰¹ Así lo afirma Rolando TAMAYO Y SALMORAN: “La mecánica jurídica” muestra que la indeterminación es una característica que acompaña al derecho. Muestra la limitación impuesta por un par de variables tales como los primeros patrones bien definidos (acta anterior) y el momentum (cualquier momento en el orden jurídico existente). Como en física, la determinación de uno afecta la determinación de otro.” (TAMAYO SALMORAN, R; “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica.” En MALEM, J., OROZCO, J., Y VÁSQUEZ, R., *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Ed. Gedisa y ITAM, 2003, p.77.)

³⁰² Esta idea es defendida también por Perfecto ANDRES IBAÑEZ en un excelente, aunque también controversial trabajo titulado “Democracia con jueces”. En este trabajo afirma: “Debe rechazarse, pues, la incidencia consistente en presentar a la jurisdicción como instancia ajena, cuando no antagónica, de la instancia parlamentaria. De manera que mientras el político corrupto e incluso delincuente convicto seguiría ungido por el fluido legitimador de las urnas, el juez sería siempre un operador deficitario en materia de legitimidad por su ajenidad a aquellas. (...) Cuando así se discurre se lleva a cabo una intolerable reducción procedimental de la democracia que, en el Estado Constitucional, es cuestión no solo de formas sino también de principios y contenidos, de derechos fundamentales, que deben ser respetados y realizados para que aquellas alcancen su verdadero sentido, que radica en servir de garantía a la plena vigencia de estos últimos.” (ANDRES IBAÑEZ, P., “Democracia con jueces” en MALEM, J., OROZCO, J., Y VÁSQUEZ, R., *La función judicial. Ética y Democracia*, Barcelona, Ed. Gedisa y ITAM, 2003, p. 250.)

La segunda postura refiere a los derechos sociales como normas que *prescriben fines de la acción estatal*. Esta postura implica un cambio en la forma de pensar la Constitución y un desplazamiento de lo que era su finalidad esencial en el constitucionalismo clásico- la ordenación formal de los poderes del Estado y de la producción normativa- hacia la ordenación material de la sociedad en su conjunto, transformándose en un programa de acción, de objetivos y de fines³⁰³. Aquí se intenta compatibilizar el ámbito legislativo de libre discrecionalidad con el carácter vinculante de las normas jurídico-constitucionales de derechos sociales. En este sentido, se entiende que los derechos sociales tienen una estructura de normas que prescriben acciones estatales de programación final³⁰⁴. Estas se caracterizan en que- a diferencia de las normas condicionales- prescriben el deber del Estado de perseguir un determinado fin, pero no prescriben los medios ni los fines.³⁰⁵

A decir de esta postura, generalmente en las Constituciones sólo se tipifica la primera parte del enunciado (p.ejm: la educación básica es obligatoria) pero la discusión respecto de los medios idóneos y la oportunidad de llevarlos a cabo se desarrolla en el ámbito de la Política (en el seno de los Parlamentos)³⁰⁶. Se trata aquí de corresponder el principio democrático (separación de poderes) con la fuerza vinculante de las normas constitucionales de derechos sociales. Sin embargo, este carácter vinculante se agota en el deber del Estado de perseguir el fin prescrito. Esto significa que condiciona su discrecionalidad al momento de decidir sobre los medios y

³⁰³ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Madrid, 1987, p.44 y HESSE, H., *Escritos de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 3-31.

³⁰⁴ "Los derechos sociales no son inmediatamente aplicables, desde la perspectiva constitucional, en su dimensión subjetiva, sino que encuentran su fundamento jurídico en la legislación ordinaria. Un reconocimiento semejante de la dimensión subjetiva de los derechos sociales hace suponer que se entienden garantizados como fines del Estado". (SOMMERMAN, K., *Staatsziele und staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p. 372. Citado por BERNAL, C., *Fundamentos...*, op.cit., p.123.)

³⁰⁵ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional...*, op.cit., p.43.

³⁰⁶ HESSE, K., "Significado de los derechos fundamentales" en *Escritos de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 99.

tiempos de llevar a cabo las obligaciones emanadas de las normas de derechos sociales.

Para un sector de la doctrina, estas normas extienden el ámbito de eficacia de la ley fundamental pues se genera una “política constitucional” que es la que lleva a transformar las normas constitucionales carentes de eficacia inmediata en verdaderas reglas creadoras de derechos y deberes³⁰⁷. De esta idea es ZAGREBELSKY quien señala que estas prescripciones constitucionales programáticas tienen como virtualidad reducir el espacio de controversia preliminar a la decisión política, determinando la dirección que deberá ser adoptada esa decisión. La constitucionalización de ciertos contenidos tendría sentido como acuerdo previo para dejar fuera del debate político los criterios básicos de su regulación³⁰⁸.

En esta lógica, también GONZALES MORENO resalta la virtualidad de los derechos sociales como normas prescriptivas de fines políticos, al considerarlos una vía para dinamizar e impulsar la Constitución, que tiene como objetivo constitucional un rango superior al de otros objetivos políticos y un carácter preferente ante una ponderación que debe hacer el legislador en casos de conflicto a la vez que también vinculan a la Administración en su ejercicio y limitan sus facultades discrecionales en aras de la satisfacción del fin.³⁰⁹

Por otro lado, otro sector doctrinal rechaza esta concepción por su dificultad para hacer efectivas las exigencias sociales en el marco de un constitucionalismo liberal y democrático, donde la existencia de normas constitucionales como fines pondría en peligro a la Constitución como norma, pues esta quedaría abierta a configuraciones distintas. Es a partir de la

³⁰⁷ ZAGREBELSKY, G., *Manuale di Diritto Costituzionale, Il sistema delle fonti di diritto*, Turin, UTET, 1990, p.12.

³⁰⁸ ZAGREBELSKY, G., *Manuale...*, *ídem*, p.112.

³⁰⁹ GONZALES MORENO, B., *El Estado social...*, *op.cit.*, p. 158.

exigencia de permitir diversas configuraciones constitucionales que DE OTTO, plantea sus dudas de constitucionalizar el Estado Social. Afirma este autor que la Constitución sólo establece los límites externos de la ley y deja un espacio abierto a la regulación legislativa, la cual no está condicionada a realizar un modelo constitucional que no existe, sino regida a no contradecir lo que la Constitución establece. En este sentido, sostiene que no hay leyes de desarrollo conforme a la Constitución, sino leyes que no están sujetas, *prime facie*, a ninguna opción en particular, pues pueden contemplar varias alternativas posibles, con tal de que no sean contrarias a la Constitución³¹⁰.

A pesar de ser un avance respecto a la postura de “normas programáticas”, se puede observar que la postura de los derechos sociales como normas que establecen fines estatales deja sin resolver el aspecto de la idoneidad de los medios elegidos por el legislador para la persecución del fin prescrito, pues no se deja claro si la vinculación abarca sólo la elección de un medio idóneo o también la efectividad del medio para la satisfacción del fin prescrito por la norma constitucional. Y esto precisamente porque no se tiene claro cómo se puede vincular al legislador respecto a la persecución de los fines sin vincularlo respecto a los medios.

SOMMERMAN³¹¹ recurre a la noción de “núcleo esencial del fin” para poder identificar el aspecto vinculante de los derechos sociales. Según este autor, lo que denomina “núcleo esencial del fin” es el mínimo vinculante para el legislador, es decir, aquello que, en palabras de ZAGREBELSKY, “deja fuera del debate político los criterios básicos de su regulación”³¹². Por otro lado, reconoce una parte accidental en los derechos sociales que son de libre disposición para el legislador a la hora de realizar la concreción³¹³. Debido a

³¹⁰ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional...*, op.cit., p. 47.

³¹¹ SOMMERMAN, K; *Staatsziele ...*, op.cit.

³¹² ZAGREBELSKY, G., *Manuale ...*, op.cit., p.111.

³¹³ Sobre el momento de la concreción, SOMMERMAN refiere un principio que resulta una obviedad: esto es que mientras más se haya concretado la finalidad de un derecho social por el constituyente, su contenido esencial puede determinarse con mayor facilidad. Por otro lado, si el Constituyente ha

que existe este “núcleo esencial” en los fines prescritos por las normas de derechos sociales, se afirma que, en el ejercicio legislativo de la “concreción sobre los medios”, el legislador encuentra en este núcleo los límites a su libertad de configuración³¹⁴. Pero también estas normas ejercen una coacción inmediata sobre los poderes públicos pues siempre van a existir medidas a adoptar y, en el caso de existir sólo una medida, esta medida resultaría obligatoria para el legislador. Por lo tanto, la inactividad es inconstitucional.

Esta concepción aparece como más adecuada con respecto a la anterior en el sentido del reconocimiento de las normas de derechos sociales como normas con efecto normativo constitucional. Las normas constitucionales de derechos sociales entonces configuran límites de acción pero también obligación de adoptar medidas para la satisfacción de los fines prescritos por lo que son, respecto a la concepción de las normas programáticas, un significativo avance hacia la concepción de los derechos sociales como verdaderos derechos.

Sin embargo, consideramos que esta concepción se quedó a medio camino, pues aunque SOMMERMAN teoriza de una forma convincente sobre el “núcleo esencial del fin”, no llega a dar respuesta como es que exactamente se pueden llegar a concretizar los medios idóneos sin que exista peligro de decisionismo. Y, si fuera posible dar una fórmula para determinar “el núcleo esencial del fin” indisponible para el legislador en su actividad (es decir, de no actuar en contra del fin del derecho social), ¿Cómo se podría determinar ese núcleo esencial cuando la actividad del legislador esté dirigida a legislar

fijado un fin muy abstracto que el Legislador debe alcanzar, se debe interpretar que ha dejado una amplia discrecionalidad parlamentaria para la configuración que sea pertinente. Así afirma: “La apertura del fin es inversamente proporcional a los efectos vinculantes efectivos”, y viceversa, es decir, que la concreción del fin da lugar a que los efectos vinculantes de la norma que lo establecen sean más intensos”. (SOMMERMAN, *Staatziele...*, op.cit., p. 380)

³¹⁴ “Si una ley va en contra del contenido esencial del fin, sin que la concreta regulación pueda ser justificada o sustentada en otros valores constitucionales, puede ser declarada inconstitucional en el control de constitucionalidad de las leyes”. (*Idem*, p.384)

para hacer efectivo el fin? Esta pregunta queda abierta, aunque reconocemos que encontrar una posible fórmula para este efecto ayudaría muchísimo en el aspecto de dar seguridad jurídica al momento de efectuar la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La tercera postura que trata de explicar la naturaleza jurídica de los derechos sociales fundamentales es la que los concibe como *mandatos jurídicos objetivos*³¹⁵. Esta tesis pertenece a BOCKENFORDE quien pretende dar una solución alternativa al problema de la identificación de los medios que resultan obligatorios para el legislador y la administración en los fines prescritos por las normas constitucionales de derechos sociales³¹⁶.

Según esta tesis, las disposiciones constitucionales de derechos sociales se expresan normativamente en forma de mandatos jurídicos objetivos, dirigidos al Legislador y a la Administración. La estructura de los “mandatos jurídicos objetivos” viene dada a causa de la indeterminación propia de estas disposiciones. Debido a la indeterminación, los enunciados de derechos sociales requieren siempre para su concreción del desarrollo de políticas legislativas. Por esta razón, los Tribunales no pueden concretizar las normas jurídicas de derechos sociales ni deducir obligaciones de ellas a favor de los titulares. Por una parte, debido a su naturaleza indeterminada del derecho social que impide el reconocimiento de derecho subjetivo alguno. Por otra parte, debido al respeto de las competencias del Poder Legislativo que ningún Tribunal debe desconocer. Así, resulta imposible desprender del derecho social alguna pretensión exigible jurisdiccionalmente. En definitiva, la indeterminación del objeto implica la exclusión del sujeto activo de la estructura de la norma constitucional de derecho social³¹⁷.

³¹⁵ BOCKENFORDE, E., *Escritos ...*, op.cit., p.78 y ss.

³¹⁶ *Ídem*, p.78

³¹⁷ *Ídem*, p.79

Si se entienden los derechos sociales como mandatos jurídicos objetivos, estos darían lugar a “posiciones jurídicas” de sólo dos elementos: 1) un sujeto pasivo (el Estado) y 2) el objeto (pretensión indeterminada)³¹⁸. A pesar de esto, BOCKENFORDE insiste en que las normas de derechos sociales no son meras normas programáticas sino que ostentan verdadera fuerza vinculante³¹⁹.

Esta vinculación se da en tres momentos: 1) en la persecución del fin prescrito por la norma constitucional de derecho social 2) en la prohibición de la “inactividad y la desatención evidente y grosera del fin o del programa por parte de los órganos del Estado” y 3) en la prohibición de la supresión definitiva de las medidas legislativas, una vez adoptadas o una reducción “que traspase los límites hacia la desatención grosera.”³²⁰ Al introducir estos dos últimos momentos, el autor reconoce que disponen de una vertiente jurídico-subjetiva pues en un momento concreto “dan lugar a pretensiones de defensa de los particulares afectados frente a la inactividad, desatención grosera o una supresión definitiva de las medidas adoptadas en la ejecución del mandato constitucional.”³²¹ Sin embargo, estas pretensiones no constituyen un poder jurídico que tenga como objeto una prestación, sino que constituyen pretensiones de defensa, propias de los derechos liberales³²².

Con respecto a la concepción de los derechos sociales como fines del Estado que no señalaba con que medios estaba vinculado el legislador, la concepción que entiende los derechos sociales como mandatos jurídicos-objetivos ofrece un criterio para poder identificarlos, los cuales están compuestos por: 1) la prohibición de inactividad absoluta 2) el concepto de

³¹⁸ *Ídem*, p.79

³¹⁹ *Ídem*, p.80

³²⁰ *Ídem*, p.80

³²¹ *Ídem*, p.81

³²² “Tales pretensiones están relacionadas con la pretensiones de defensa frente a la discrecionalidad: no se dirigen, al igual que estas, en todo caso a un determinado hacer positivo, sino a la defensa frente a las violaciones de los límites y vinculaciones trazados al campo de juego político de los órganos estatales y parte de los mandatos constitucionales” (*Ídem*, p. 81)

“desatención evidente y grosera del fin” y 3) la prohibición de supresión de las medidas adoptadas o el recorte de estas medidas que traspase los límites de la desatención grosera.

Sin embargo- y como también observa BERNAL PULIDO- esta concepción trata de conciliar dos categorías jurídicas irreconciliables y extremas: las normas programáticas y las posiciones jurídicas que concretan derechos subjetivos³²³. Así el derecho social como mandato jurídico-objetivo resulta de un intento de síntesis de la concepción de los derechos sociales como normas jurídicas (en cuanto reconoce un nexo jurídico que une al obligado con el objeto) y la concepción de las normas programáticas (en cuanto a la inexistencia de un sujeto activo dotado de una pretensión jurídicamente exigible). De esto se desprende, que el deber que surge del mandato jurídico-objetivo es un deber moral o político pero no jurídico (en el sentido estricto de la palabra), pues carece de un sujeto activo que esté facultado para exigir el cumplimiento del deber ante los tribunales. En un segundo momento, BOCKENFORDE reconoce pretensiones subjetivas en las situaciones señaladas -inactividad, desatención evidente y grosera y represión o retroceso indebido-, pero lo hace desde la perspectiva de los derechos de defensa³²⁴, cuando- evidentemente- constituyen verdaderos derechos de prestación.

Finalmente, la cuarta postura considera a los derechos sociales como *verdaderos derechos fundamentales*, ya sea como derechos definitivos o como derechos *prima facie*. Esta postura está relacionada con el cambio de paradigma de los derechos fundamentales ya no como derechos entendidos

³²³ BERNAL PULIDO, C., “Fundamentos...”, *op.cit.* p.26.

³²⁴ Es en este punto donde se denota la posición original de BOCKENFORDE quien, al igual que muchos otros pensadores de su talla, considera que la única posibilidad de exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales es desde la perspectiva de derechos de defensa, mas no prestaciones. Para estos pensadores, los únicos derechos fundamentales son los derechos liberales que se corresponden con las libertades básicas de la tradición liberal. Entre estos autores están también Friedrich VON HAYEK (VON HAYEK, F., *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza, 2002.) y Jünger HABERMAS (HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998).

desde la perspectiva del liberalismo político, sino entendidos como derechos que exigen la actividad positiva del Estado la cual debe estar orientada a la finalidad de garantizar el ejercicio de la libertad y la igualdad real. De esta forma, la Constitución que reconoce un Estado democrático y social de Derecho y que reconoce derechos sociales fundamentales, es una Constitución que otorga a los derechos sociales plena eficacia jurídica constitucional, la cual es independiente de si existen o no garantías jurisdiccionales para su exigibilidad.

La postura de los derechos sociales como derechos fundamentales a su vez, tiene dos vertientes: aquella que los considera como derechos definitivos y por otro lado, aquella que los considera derechos *prima facie*.

La primera vertiente sostiene que los derechos sociales fundamentales dan lugar a *posiciones jurídicas definitivas*. Esto significa que dichas posiciones no son susceptibles de restricción, que no ceden ante ninguna otra razón que se invoque en su contra³²⁵. Se reconocen como derechos subjetivos siempre, al reconocer en ellos un poder de disposición por parte del individuo, protegido por el ordenamiento jurídico y con la atribución de imponer al Estado un comportamiento activo.³²⁶

Para esta postura, los derechos sociales fundamentales implican algunos deberes de abstención, el derecho de protección frente a la extrema inactividad legislativa, los derechos de igualdad en la participación de los derechos sociales derivados, el derecho a la satisfacción de un mínimo vital y el principio de prohibición de regresividad³²⁷. En primer lugar, los derechos sociales como derechos de abstención implican la obligación del Estado de no interferir en su ejercicio. Por ejemplo, la obligación de no interferir en el

³²⁵ WOLF-LUBBE, *Die Grundrechte als Eingriffabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Nomos, Baden Baden, 1988, Citado por BERNAL, C., *Fundamentos...*, op. cit., p.27.

³²⁶ ARA PINILLA, I., *Las transformaciones...*, op.cit., p. 46-75.

³²⁷ GOMES CANOTHILO, J., *Direito Constitucional...I*, op. cit., p. 369 y ss.

ejercicio del derecho a la negociación colectiva o en el ejercicio del derecho a la educación.

En segundo lugar, los derechos sociales derivados se encuentran afectados por el principio de igualdad.³²⁸ Así, el principio de igualdad y las disposiciones constitucionales de derechos sociales confluyen para configurar un derecho subjetivo de igual participación en los derechos sociales derivados.

En tercer lugar, al considerar los derechos sociales como derechos constitucionales definitivos, estos generan al legislador la obligación de legislar para disponer los medios para satisfacerlos. Esta obligación es correlativa a por lo menos dos derechos subjetivos que se atribuyen al individuo: el derecho a un mínimo de actividad legislativa y el derecho al establecimiento de las condiciones mínimas idóneas para la satisfacción de las necesidades existenciales. Consecuentemente, está proscrita la inactividad legislativa y la desatención del mínimo existencial³²⁹. Su desatención tiene como consecuencia la inconstitucionalidad por omisión³³⁰.

Finalmente, los derechos sociales fundamentales generan una prohibición de regresividad³³¹, lo que consiste en la prohibición dirigida al legislador del

³²⁸ La doctrina alemana ha diferenciado los derechos sociales originales y los derivados. Los derechos sociales originales son aquellos que originan posiciones jurídicas directamente de la Constitución. Los derechos sociales derivados son los que generan posiciones jurídicas en leyes que desarrollan los preceptos constitucionales. Dado su rango legal, los derechos sociales derivados no vinculan en forma directa al legislador.

³²⁹ Sobre el derecho al mínimo vital existe amplísima bibliografía. Ver, por ejemplo, CARMONA CUENCA, E., “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, en *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las políticas públicas*, n°2, 2006, pp. 172-197. Algo más avanzado y definitivo hacia la consideración del derecho mínimo vital como derecho real es la propuesta de la renta básica. Entre sus principales impulsores están PISARELLO, G., y Antonio DE CABO (Eds.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Trotta, 2006. y RAVENTÓS, D., *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999.

³³⁰ Sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa en este sentido ver: BAZÁN, V., “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: El control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia de los casos de Brasil y Argentina”, en BAZÁN, V., (coord.) *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, p. 46.

³³¹ Para algo más desarrollado sobre la prohibición de retroceso social en el constitucionalismo contemporáneo ver: WOLFGANG, I., “Prohibicao de retrocesso, dignidade da pessoa humana e

retroceso en la protección lograda en materia de derechos sociales. Esto generaría un derecho subjetivo a favor del individuo afectado por la política regresiva exigible ante los tribunales, consistente en la inconstitucionalidad de la medida. Sin embargo, este principio de prohibición de retroceso está condicionado, según la doctrina³³², exclusivamente a las medidas que afecten el “contenido esencial” del derecho, pudiendo afectarse el contenido accidental.

Esta posición tiene el mérito- respecto a las anteriores- de considerar que existen mínimos que se deben respetar y garantizar los que generan posiciones jurídicas a favor de los afectados, constituyéndose en límites de acción para el legislador, a la vez de obligaciones de actuación. Estos mínimos- definidos por el “contenido esencial” de los derechos sociales- generan posiciones jurídicas con base constitucional, por lo cual resultan vinculantes tanto para el legislador, como para la administración y la judicatura.

Considerar los derechos sociales fundamentales como derechos definitivos presenta varias ventajas, pues constituye un importante avance para consolidar los derechos sociales como derechos fundamentales que generan obligaciones determinantes a los poderes del Estado. Sin embargo, la principal contrariedad es precisamente, considerarlos derechos definitivos, que no son susceptibles de restricciones ni que se opongan razones en su contra. Es el carácter “definitivo” lo que hace que en el paradigma neoconstitucionalista, sean irrealizables.

La segunda vertiente de la posición de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales es aquella que busca superar los defectos de los derechos sociales como definitivos y los considera como derechos *prima facie*. De acuerdo a esta posición- desarrollada por ALEXY y

direitos sociais: manifestacao de um constitucionalismo dirigente possível” en *Boletín de la Faculdade de Direito de la Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, 2006.

³³² GOMES CANOTHILO, J., *Direito constitucional...*, op.cit., p. 321.

BOROWSKY- los derechos sociales fundamentales dan lugar a posiciones jurídicas *prima facie*, las cuales admiten restricciones legislativas, siempre y cuando sean proporcionadas.

ALEXY desarrolla esta posición desde su teoría de los derechos fundamentales, donde considera los derechos fundamentales como normas (derechos definitivos) y como principios (derechos *prima facie*)³³³. Entre su clasificación de derechos fundamentales, ALEXY considera a los derechos sociales como derechos de prestaciones en sentido estricto³³⁴. Esto significa que son derechos del individuo frente al Estado a algo que, si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtenerlo también de particulares³³⁵. Así excluye de su teoría de los derechos sociales a los derechos de defensa y a los derechos a acciones normativas o de organización (derechos de prestaciones en sentido amplio)³³⁶.

Este autor sostiene que la Constitución puede contener derechos explícitamente estatuidos y también derechos adscritos interpretativamente³³⁷, los cuales es importante señalar en el seno de las diferentes formas de reconocimiento de derechos sociales en las Constituciones de los Estados. ALEXY señala que los que ofrecen problemas de determinación normativa son los derechos sociales adscritos interpretativamente, los cuales pueden ser divididos de acuerdo a tres criterios desde un punto de vista teórico- estructural: 1) pueden conferir derechos subjetivos o ser normas que obligan al Estado sólo objetivamente

³³³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos ...*, *op.cit.*

³³⁴ *Ídem*, p. 430.

³³⁵ *Ídem*, p. 482.

³³⁶ *Ídem*, p.193 y 194

³³⁷ *Ídem*, p.483

2) pueden ser vinculantes o no vinculantes 3) o pueden ser derechos definitivos o derechos *prima facie*, es decir, pueden ser principios o reglas³³⁸.

El autor combina las posibilidades que se pueden dar al interrelacionar estos criterios, obteniendo, ocho posibles escenarios donde la protección más fuerte la otorgan normas vinculantes que garantizan derechos subjetivos definitivos a prestaciones y la más débil, las normas no vinculantes que fundamentan un mero deber objetivo *prima facie* del Estado a otorgar prestaciones³³⁹. También existen diferencias de contenido. Señala el autor que un programa minimalista busca garantizar derechos mínimos (ejm. El mínimo vital o la educación básica obligatoria) mientras uno maximalista refiere a la “realización plena” de los derechos fundamentales (p.ej. garantizar el derecho a la educación en todos sus niveles)³⁴⁰.

De la variedad de posibilidades en torno a las diferentes manifestaciones de derechos sociales fundamentales, señala el autor que hay que suponer que el problema de los derechos sociales no puede tratarse de una cuestión de todo a nada. Hay que introducir diferenciaciones³⁴¹. En general, el argumento a favor de los derechos sociales es un argumento de libertad. Debe entenderse entonces que los derechos sociales fundamentales encuentran su fundamento en el principio de libertad fáctica, la cual bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial no encuentra su sustrato material en un ámbito vital dominado por los mismos individuos, sino que depende esencialmente de actividades estatales³⁴².

A partir de esta tesis, sostiene ALEXY que la necesidad de asegurar esta libertad fáctica iusfundamentalmente radica en que la idea de los derechos fundamentales es que las cosas que para el individuo son especialmente

³³⁸ ALEXY, R., “Derechos sociales fundamentales” en CRUZ PARCERO, J. Y VÁSQUEZ, R.(Comp.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, IJ, 2001, p. 69-70

³³⁹ Ídem, p. 70.

³⁴⁰ Ídem, p.70

³⁴¹ Ídem, p. 70.

³⁴² Ídem, p. 71-72

importantes y que puedan ser aseguradas jurídicamente lo sean. En este sentido, el menesteroso puede valorar, por ejemplo, especialmente aquellos derechos fundamentales que lo protegen del trabajo forzado y que le brindan la posibilidad de mejorar su situación a través del proceso político. Sin embargo, señala que no hay duda que para él tiene más importancia la superación de su situación deficitaria que las libertades jurídicas que, debido a su situación deficitaria, no le sirven para nada y que, por tanto, se convierten en “fórmulas vacías”³⁴³. Según ALEXY, esta idea justificaría plenamente la protección iusfundamental desde una perspectiva formal³⁴⁴.

También desde un aspecto material ALEXY sostiene que es posible justificar esta protección si se interpreta la Constitución como un sistema de valores que encuentra su punto central en el concepto de dignidad humana. En este sentido, el principio de dignidad humana exige que el individuo pueda desarrollarse libremente en la comunidad social, por lo que los derechos fundamentales deben asegurar los presupuestos del uso de libertades jurídicas - la libertad fáctica- lo que posibilita al individuo poder actuar realmente³⁴⁵.

ALEXY es consciente de las dificultades de una posición iusfundamental de los derechos sociales y reconoce dos argumentos en contra de peso: 1) el argumento formal sostiene que si los derechos sociales son derechos vinculantes, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia de los parlamentos hacia el Tribunal Constitucional 2) el argumento material sostiene que los derechos fundamentales sociales son irreconciliables con normas constitucionales materiales o, al menos, entran en colisión con ellas³⁴⁶. En la medida que estas normas constitucionales materiales confieren derechos de libertad, el argumento material en contra de los derechos sociales fundamentales es un argumento de libertad. Sin

³⁴³ *Ídem*, p.72-73

³⁴⁴ *Ídem*, p.73

³⁴⁵ *Ídem*, p. 73-74

³⁴⁶ *Ídem*, p. 74- 77

embargo, estas colisiones no solo pueden darse contra derechos que protegen libertades, también pueden darse con otros derechos fundamentales sociales así como con bienes colectivos.

Buscando superar estas contradicciones, ALEXY propone su propio modelo de derechos sociales fundamentales cuya idea rectora es que a cada uno le corresponden las posiciones de prestaciones jurídicas como derechos fundamentales sociales que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria³⁴⁷. De acuerdo a esta teoría, la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee es una cuestión de ponderación de principios. Por un lado se encuentra, principalmente, el principio de libertad fáctica. Por otro lado, los principios de libertad legislativa y el principio de división de poderes así también principios que protegen las libertades jurídicas de otros, otros derechos sociales fundamentales y bienes colectivos³⁴⁸.

Afirma ALEXY que su modelo es un modelo que busca dar una respuesta general al problema de los derechos sociales fundamentales, dejando a la dogmática de cada derecho la determinación de los contenidos³⁴⁹. En el marco de su teoría general, habrá que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si: a) lo exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica y 2) el principio democrático y de división de poderes así como principios materiales opuestos (las libertades jurídicas de otros) son afectados en una medida relativamente reducida³⁵⁰.

³⁴⁷ *Ídem*, p.78

³⁴⁸ *Ídem*, p.79

³⁴⁹ *Ídem*, p.79

³⁵⁰ *Ídem*, p. 80

Así, buscando lograr la armonización de principios en el momento de la concretización del derecho, el modelo presentado es un modelo de ponderación. Señala que es característico de todos los modelos de ponderación lo debido *prima facie* es más que lo definitivamente debido. Esto quiere decir, que *prima facie*, se considera que la persona tiene derecho a todo (la maximización del derecho), pero su carácter definitivo se da después de un ejercicio de ponderación con los principios afectados. Es este derecho definitivo el que da lugar a posiciones jurídicas subjetivas. El derecho, en tanto *prima facie*, es un derecho vinculante pues no puede depender en su validez normativa del menor o mayor grado de sus posibilidades de realización. Pero el ser derechos vinculantes *prima facie* significa que la cláusula restrictiva de este derecho, “la reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad”, no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho, sino su necesidad de ponderación³⁵¹.

La estructura argumentativa implicada por los derechos *prima facie* es racional porque es racional practicar las fundamentaciones jurídicas como un juego de razones en pro y en contra³⁵². La argumentación es lo fundamental en la teoría de los principios³⁵³. Con esto, ALEXY relaciona su teoría de los derechos fundamentales con su teoría de la argumentación jurídica. Así señala que un discurso iusfundamental es un procedimiento argumentativo y de lo que se trata es de lograr resultados iusfundamentalmente correctos sobre la base presentada. La base presentada confiere a la argumentación iusfundamental una cierta firmeza y claridad, y a través de las reglas de la lógica, la argumentación práctica y la argumentación jurídica, la

³⁵¹ *Ídem*, p. 81-82

³⁵² *Ídem*, p.82

³⁵³ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

argumentación iusfundamental que se lleve estará estructurada racionalmente³⁵⁴.

De acuerdo al modelo entonces, el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en conjunto. Frente a los derechos definitivos que son el resultado de la ponderación, los derechos *prima facie* tienen siempre algo excesivo. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad actúa como criterio definitorio de la vinculación que emana de los enunciados de los derechos sociales. Por medio del análisis de proporcionalidad de las restricciones a estos derechos se determina, en los casos concretos, si las posiciones en que se concretan estos derechos valen sólo *prima facie*, o si también valen de manera definitiva. En Alemania, este tipo de análisis de proporcionalidad recibe el nombre de prohibición de protección deficiente (UntermaßBverbot)³⁵⁵.

En definitiva, consideramos que en el marco del paradigma neoconstitucional, no hay duda que la teoría de los derechos sociales como derechos fundamentales *prima facie* es la teoría que mejor se ha adaptado al actual modelo constitucional y el que aplican la mayoría de Tribunales Constitucionales en Europa (P.ej. Alemania, España e Italia) y en América Latina (p. ej. Brasil, Colombia o Perú). Es una teoría que se construye a partir de las demás por lo cual intenta cubrir las deficiencias de sus predecesoras, aunque consideramos que a pesar del intento del autor de racionalizar la argumentación jurídica de los derechos fundamentales, aún resulta un tanto “existencialista”.

Sin embargo, se han logrado importantes avances en materia de exigibilidad judicial de los derechos sociales tomando la teoría de ALEXY como punto de

³⁵⁴ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., p.554.

³⁵⁵ La prohibición de protección deficiente fue inaugurada en la *BverfGE*, 88, 203 (254), sentencia del Tribunal Constitucional Alemán en un caso referido al aborto. En esta sentencia, el Tribunal manifestó que el legislador debe observar las exigencias de la prohibición de protección deficiente en la configuración de los deberes de prestación y protección estatal.

partida. La teoría que actualmente ha tenido más aceptación a nivel doctrinal es la desarrollada por un discípulo de ALEXY, Rodolfo ARANGO, quien partiendo del concepto de derechos sociales fundamentales desarrollado por ALEXY, construye una teoría de los derechos sociales como derechos subjetivos con alto grado de importancia los cuales pueden ser exigibles judicialmente. Pero sobre esto me explayaré más adelante, cuando analicemos propiamente los derechos sociales como derechos subjetivos.

Desde una perspectiva política, la discusión sobre los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales tiene también otros elementos. El más importante de ellos es entender la razón por la cual el Constituyente decidió incorporar derechos sociales fundamentales en la Carta Constitucional y reforzar su eficacia con el reconocimiento de la cláusula jurídico- política de Estado Social de Derecho. Y esta cuestión sólo puede tener una explicación: el Constituyente al incluir estas normas de contenido social en la Constitución estaba virando la orientación de la política estatal hacia la consecución del bienestar general de la sociedad. Y es esta “esencia del constituyente”, específicamente en la exposición de motivos de la Constitución, donde se encuentra la clave sobre la naturaleza jurídica de los derechos sociales.

Definitivamente, el sistema de derechos fundamentales en la Constitución varía de Estado a Estado (no podemos referir por ejemplo, el mismo sistema de derechos sociales fundamentales en España y en Alemania; ni en México o en Perú) porque cada Estado diseña su sistema de normas constitucionales de forma independiente. Esto determina que exista, en cada Estado, distintos niveles de protección constitucional de los derechos sociales fundamentales. Lo que no podemos obviar es que, en el actual ejercicio de la jurisdicción constitucional, los Tribunales se influyen mutuamente, unificando el sentido de sus decisiones y construyendo una cultura jurídica-constitucional común de derechos fundamentales. Esto

también ha determinado el reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales y ha solidificado la idea de su exigibilidad judicial.

Esta investigación considera que los derechos sociales son, en definitiva, derechos fundamentales bidimensionales: 1) son derechos subjetivos prestacionales con un alto grado de importancia³⁵⁶ y 2) son principios objetivos superiores y vinculantes del ordenamiento jurídico. Los derechos sociales fundamentales así entendidos, entonces, denotan dos niveles de realización diferenciados. Los derechos sociales fundamentales que reconocen una posición jurídica subjetiva sólo podrán determinarse en la aplicación del caso concreto. A través de una interpretación sistemática de la Constitución, un proceso de ponderación y partiendo de una situación determinada se podrá concretizar la posición jurídica subjetiva, definiendo al sujeto activo, al sujeto pasivo y la obligación debida. Por otro lado, los derechos sociales fundamentales también son principios objetivos superiores del ordenamiento jurídico y como tales vinculan a los poderes públicos, determinando una obligación de actuación positiva a fin de garantizar los derechos prescritos constitucionalmente.

Así considerados los derechos sociales fundamentales, entendemos que son dos sus formas de realización. Por un lado, los derechos sociales fundamentales que constituyen verdaderos derechos subjetivos con alto grado de importancia se definen en el caso concreto, en el ámbito judicial. Estos son derechos definitivos puesto que se constituyen sobre la “esfera de lo no decidible” del derecho social. Por lo tanto, el derecho subjetivo se origina cuando, en el caso concreto, se observa una situación de necesidad que pone en peligro inminente a la persona³⁵⁷. Por otro lado, los derechos sociales fundamentales como principios objetivos vinculantes del

³⁵⁶ ARANGO, R., *El concepto ...*, op.cit., p. 303.

³⁵⁷ Esta teoría pertenece al constitucionalista colombiano Rodolfo ARANGO y será desarrollada a profundidad en el cuarto capítulo de esta tesis. Cuando analicemos los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos.

ordenamiento jurídico se realizan a través de la actividad política del Legislador y de la Administración Pública. Son finalidades políticas no individualizadas, al contrario de los derechos, que son metas políticas individualizadas. Como metas políticas no individualizadas, son generales y sólo pueden desarrollarse como políticas públicas.

Esencialmente, la diferencia entre las dos dimensiones arriba analizadas de los derechos sociales radica en que los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos con alto grado de importancia se fundamentan en el principio de justicia compensatoria, mientras que los derechos sociales fundamentales como principios objetivos vinculantes, se fundamentan en el principio de justicia distributiva. Partiendo desde esta consideración bidimensional de los derechos sociales fundamentales, analizaremos su estructura.

2.4.2.2 La estructura de los derechos sociales fundamentales

Para analizar la estructura de los derechos sociales fundamentales, debemos fijar el análisis en los tres elementos que la conforman: 1) el titular del derecho 2) el obligado del derecho 3) la obligación debida. Este análisis se hace considerando si: el derecho social fundamental es un derecho subjetivo o 2) si es una norma objetiva del ordenamiento jurídico. Habíamos analizado previamente que considerar al derecho social fundamental como norma objetiva privaba a su estructura del elemento subjetivo, es decir, que no se determinaba al titular del derecho. Consideramos que esto no es así, pues desde la deontología jurídica es posible determinar que siempre será el individuo el titular de los derechos sociales fundamentales, aun considerando a estos como normas objetivas del ordenamiento. A continuación pasaremos a explicar esta afirmación.

2.4.2.2.1 El titular de los derechos sociales fundamentales

La tesis de esta investigación refiere que el titular de los derechos sociales fundamentales son exclusivamente los individuos. Como ya en algún momento lo mencionamos, consideramos que por razones fácticas y normativas, los derechos sociales fundamentales no constituyen derechos colectivos.

Si partimos de la consideración de los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos con un alto grado de importancia, entendemos entonces que la concretización del derecho social fundamental se dio a través de un proceso de *subjetivización*³⁵⁸ que se desarrolló en el ejercicio del derecho en forma individual. Por lo tanto, el derecho social fundamental es un derecho individual. Como vimos, la argumentación en este proceso de *subjetivización* debe ofrecer razones válidas y suficientes para la posición jurídica del individuo. Por lo general, esta *subjetivización* se manifiesta mediante un criterio negativo. Se origina cuando la falta de reconocimiento de la posición jurídica pretendida por el individuo le hace daño de manera injustificada, entonces tal posición jurídica debe ser reconocida³⁵⁹. Sin embargo, los derechos sociales fundamentales, antes del proceso de *subjetivización*, son derechos generales, pues parten de la dimensión de derechos humanos, que se caracteriza por ser universales.

³⁵⁸ La tesis de la subjetivización surge de la teoría de la ponderación de principios expuesta en la teoría de los derechos fundamentales de Robert ALEXY. Esta refiere al paso de una norma meramente objetiva a un derecho subjetivo. Sobre esto ver: ALFONSO, V., “Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y justiciabilidad: Un análisis empírico”, en CLERICÓ, L. (Comp.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

³⁵⁹ ARANGO, R., *El concepto...*, op.cit., p.66.

Aquí se reconoce que los derechos fundamentales en general tienen su origen en su reconocimiento como derechos humanos, una categoría ontológica mucho más amplia e indeterminada, la que les da sus rasgos esenciales³⁶⁰. En este sentido, la justificación de los derechos sociales fundamentales como “derechos de todos” es de naturaleza moral pues remite a la existencia de una obligación moral que tienen los Estados de proteger a los individuos limitados en sus posibilidades de acción y en su ejercicio de la autonomía por el sistema económico imperante.

Al respecto opina GARCÍA PELAYO que en la actualidad “el individuo ha perdido crecientemente el control sobre la estructura y medios de su propia existencia. Esta necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que carece de poder de ordenación y disposición directa, produce la “menesterosidad social”, es decir, la inestabilidad de la existencia. Ante ello, le corresponde al Estado como una de sus principales misiones la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, en la medida que aseguren al hombre su propia existencia. Pero esta “menesterosidad social” no se da sólo en las clases económicamente débiles si no que afecta a la generalidad de los ciudadanos, ya que en todos se da una suerte de incapacidad para dominar por sí mismos las condiciones de existencia.”³⁶¹

Concordamos con GARCIA PELAYO en el sentido de que no se trata de “derechos de las clases vulnerables” sino de todos los seres humanos, pues todos somos potencialmente “menesterosos”. Aunque es su origen está el haber surgido de una lucha de clases, la generalidad de los derechos sociales fundamentales hace que todos seamos afectados por el halo de protección de la norma, aunque para el ejercicio deba determinarse el nivel de necesidad de ciertos grupos vulnerables. Al considerar a los derechos sociales fundamentales como “derechos de todos”, nos referimos que no se

³⁶⁰ PECES BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, op.cit., pp. 207-214.

³⁶¹ GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones...*, op.cit., p.28.

puede hacer distinciones de ningún tipo entre las personas como lo podría ser, por ejemplo, la nacionalidad, pues el principio de dignidad humana no permite hacer distinciones de ninguna clase.

Otra cuestión importante al analizar la titularidad de los derechos sociales fundamentales es dejar claro porque no los consideramos como derechos colectivos. Aquí debemos recordar que los derechos fundamentales en general, encuentran su fundamento último en el principio jurídico- moral de dignidad humana y esto porque los Estados democráticos modernos, son más o menos individualista³⁶². Esto no es compatible con los derechos colectivos pues estos derechos tienen como titular a una colectividad (p.ej. una comunidad nativa). Estos apuntan a la protección de la colectividad como un todo y no a la protección de sus miembros individualmente considerados.

La razón de ser de los derechos colectivos está en que su reconocimiento a nivel constitucional genera criterios para otorgar determinados derechos a grupos concretos. Sostiene ARANGO que esta posibilidad fortalece la posición jurídico-constitucional de las minorías culturales y es útil para el reconocimiento de las sociedades multiculturales. Pero la aceptación de derechos colectivos en el plano constitucional requiere que 1) los derechos colectivos sean definidos con la mayor precisión posible y 2) que las colisiones con los derechos individuales puedan ser resueltas³⁶³.

³⁶² “En todo caso, el punto de partida para sistematizar una fundamentación racional de los derechos económicos, sociales y culturales ha de ser sin duda el reconocimiento de que el hombre es el centro de referencia de toda la trama de la vida social y, por tanto, también de ese peculiar sector de la misma que es la ordenación o reglamentación jurídico- política. En la medida en que el hombre es, no sólo el creador del Derecho, sino también su destinatario último, los derechos económicos, sociales y culturales, del mismo modo y por los mismos motivos que los derechos civiles y políticos, pueden considerarse radicados embrionariamente en la persona humana, como exigencias que brotan de la estructura tendencial de su naturaleza y como instrumentos de defensa y desarrollo del valor de su libertad y su dignidad personal dentro de los actuales esquemas de la organización de la vida social.” (DE CASTRO, B., *Los derechos...*, op.cit., pp. 127-128.)

³⁶³ ARANGO, R., *El concepto...*, op.cit., p.88-89.

Al respecto, señala RAZ que los derechos colectivos existen cuando se cumplen tres condiciones: 1) Que exista porque un aspecto de interés de los seres humanos justifica tener a alguna persona o personas sujetas a un deber 2) Los intereses en cuestión deben ser los intereses de individuos como miembros del grupo y se entienden como intereses en beneficio público. Así, el derecho colectivo es un derecho a ese bien público porque le sirve a los intereses de los seres humanos como miembros del grupo y 3) El interés de ninguno de los miembros individualmente considerado es suficiente en sí mismo para justificar el tener a otra persona sujeta a un deber.³⁶⁴

En este contexto podemos observar la razón por la cual los derechos colectivos no constituyen derechos sociales fundamentales. Los derechos colectivos tienen como finalidad la satisfacción de intereses públicos que sólo pueden ser disfrutados de manera colectiva. Esto en razón que el objeto de los derechos colectivos lo constituyen bienes que no son divisibles. Como ejemplo podemos considerar el reconocimiento del derecho de propiedad a las comunidades nativas y campesinas que hace el art.89 de la Constitución Política del Perú. Esto significa que los derechos que pueden ejercerse de forma individual no son derechos colectivos, como el caso de los derechos sociales fundamentales. Esta es la posición de la doctrina dominante respecto al tema de la titularidad de los derechos sociales fundamentales: los derechos sociales fundamentales son de titularidad individual pero se reconoce que la pertenencia a ciertos grupos vulnerables es válido como criterio de asignación individual del derecho³⁶⁵.

³⁶⁴ RAZ, J., *The morality of freedom*, Londres, Oxford, 1986, p. 208.

³⁶⁵ Entre los autores que constituyen esta posición podemos nombrar a M. MAZZIOTTI quien afirma que: “Il rilievo dato dai diritti social all’ di coloro che ne sono soggetti a determinati gruppi, deriva dal presupposto che tale rilievo valga a identificare piú esattamente le posizioni personali di essi e consenta quindi una migliore rispondenza delle singole norme alle esigenze di coloro che ese intendono proteggere.” (MAZZIOTTI, M., *Diritti social...*, op.cit., pp. 804-805.) Desde la doctrina española tenemos a Benito DE CASTRO quien señala: “Si se concluye que los derechos económicos, sociales y culturales son los derechos colectivos o derechos de titularidad colectiva, es decir, los derechos que corresponden a grupos en cuanto tales, esta categoría quedaría prácticamente vacía, ya

En este sentido, Guido CORSO afirma que: “(...) el derecho social presupone una situación de desigualdad a superar; es derecho del excluido, del discriminado, del menos protegido a tomar parte en los beneficios de la vida en comunidad a los que le da derecho la posición formal de igualdad ante la ley. El derecho social sirve para hacer de un lado la desigualdad y la injusticia de la posición de partida. Es un derecho del individuo y no del grupo al que el sujeto jurídico pertenece, pero la pertenencia al grupo- social o humano- determina la titularidad del derecho.”³⁶⁶

Podemos ejemplificar lo dicho con el caso de los llamados “derechos colectivos del trabajador”, reconocidos en el art. 28 de la Constitución peruana. Se denominan así a los derechos de negociación colectiva, sindicación y huelga, a los cuales la Constitución reconoce como derechos fundamentales de titularidad individual que se le asignan al individuo en calidad de trabajador y cuyo ejercicio requiere de una actividad colectiva. En este caso, el carácter colectivo no se refiere a la titularidad de los derechos, sino al mecanismo de ejercicio.

En cuanto a la consideración de los derechos sociales fundamentales como principios objetivos vinculantes del ordenamiento jurídico también tenemos que tener en cuenta el *proceso de subjetivización*. Afirma GONZÁLES MORENO que, en general, los derechos sociales fundamentales se constituyen como un orden axiológico que irradia a todas las esferas del Derecho, determinando también en sentido social el ordenamiento jurídico en su conjunto. Sin embargo, afirma: “(...) esto no los constituye como derechos subjetivos, por lo que su alegación ante los tribunales sólo podrá hacerse en los términos que las leyes reguladoras determinen, si es que lo determinan,

que la gran mayoría de los derechos humanos tiene como titular inmediato, no al grupo, sino a los miembros de ese grupo en cuanto individuos.” (DE CASTRO, B., *Los derechos...*, op.cit., p. 31.)

³⁶⁶ CORSO, G., “I diritti social nella costituzione italiana” en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, num. 3, 1981, p. 759.

ya que la tutela judicial efectiva de estas prescripciones no es un efecto necesario, sino contingente, sometido en todo caso a una reserva de ley que goza de un amplio margen de discrecionalidad”³⁶⁷. En efecto, para que de estas prescripciones surjan derechos subjetivos debe pasar por el proceso de *subjetivización* a través del proceso de ponderación de principios. No se puede inferir de esta idea que los derechos sociales fundamentales como principios objetivos carezcan de titularidad, lo que afirmamos es que los principios orientan a la creación de verdaderos derechos cuyos titulares, después de la acción normativa, sean los individuos³⁶⁸.

En todo caso, la exigencia a los poderes públicos de promover las condiciones para cumplir con los fines sociales impuestos por los principios de los derechos sociales fundamentales si puede ser exigido a través de los procedimientos constitucionales previstos para tal fin como, por ejemplo, la inconstitucionalidad por omisión legislativa o la aplicación del principio de prohibición de protección deficiente que puede ser promovido por los individuos afectados.

2.4.2.2.2 Los obligados de los derechos sociales fundamentales

Desde el momento en que surgen como derechos fundamentales, los derechos sociales han sido considerados como derechos a acciones positivas por parte del Estado. Esto, como es obvio, influyó en la determinación de sus elementos, entre estos, en la configuración de los obligados de los derechos sociales. Teniendo en cuenta que eran derechos a

³⁶⁷ GONZÁLES MORENO, B., *El Estado social...*, op.cit. p. 170-171

³⁶⁸ “Y en esa medida, los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos humanos, son también ante todo ideas o ideales de carácter filosófico- político, si bien esas ideas pueden ser (o no), al mismo tiempo, realidades juridificadas, es decir, contenido de normas jurídicas positivas.” (DE CASTRO, B., *Los derechos...*, op.cit., p.101.)

acciones estatales, el único obligado podía ser el Estado, además que también a nivel internacional, este era el único comprometido y al que se le podía imputar la responsabilidad internacional por violación de derechos humanos. Desde esta perspectiva, los particulares están descartados como obligados directos. A los particulares, los derechos sociales fundamentales los vinculan sólo de forma indirecta donde se aplica la doctrina de la “eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales” en los actos privados entre particulares.

ARANGO defiende esta posición y detalla sus razones. En primer lugar, sostiene que los derechos sociales fundamentales son derechos generales. Como derechos generales tienen como obligaciones correlativas, obligaciones generales. En este sentido, el obligado de los derechos sociales fundamentales es la generalidad, es decir, la sociedad en general. Así se afirma que los derechos sociales fundamentales son derechos del individuo contra todos.³⁶⁹ Sin embargo, por razones pragmáticas, esta obligación de la sociedad en general recae sobre su representante jurídico, el Estado. Éste es el obligado principal de las obligaciones derivadas de los derechos fundamentales en general y los derechos sociales en particular, el cual debe posibilitar su realización³⁷⁰.

En efecto, el carácter general de los derechos fundamentales se deriva de la dimensión ontológica de derechos humanos. Los derechos humanos son "una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna [...] o a un derecho subjetivo"³⁷¹. Estas pretensiones morales surgen, mayormente, de las declaraciones universales y regionales de derechos humanos que tienen siempre como obligado principal, al Estado. Por esto, los Estados son un medio importante para la

³⁶⁹ ARANGO, R., *El concepto...*, op.cit. p.92

³⁷⁰ *Ídem*.

³⁷¹ PECES-BARBA, G., ASIS ROIG, R. y BARRANCO, M.; *Lecciones sobre derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p.20.

institucionalización de los derechos humanos, por el efecto de irradiación de los derechos sobre el ordenamiento jurídico y su garantía en el ejercicio de la jurisdicción doméstica e internacional.

Además, señala Rodolfo ARANGO, que existe un argumento sistemático a favor de considerar al Estado como obligado exclusivo de los derechos sociales fundamentales. Afirma, partiendo de un análisis de las disposiciones sobre derechos fundamentales de la Constitución alemana, que cuando un Estado 1) está vinculado a los derechos fundamentales y a la protección de la dignidad humana así como 2) obligado a respetar la vida y la integridad corporal, entonces no sólo tiene que proteger al individuo contra ataques de terceros sino también contra los riesgos de la tecnología o de las consecuencias negativas del sistema comercial permitido.³⁷² Finalmente, afirma ARANGO que, en mayor o menor medida, el constitucionalismo social contemporáneo reconoce que sólo el Estado tiene la capacidad de poder cumplir con las dimensiones obligacionales de los derechos fundamentales en general³⁷³.

Creemos que no existe gran discusión en la doctrina respecto a considerar al Estado como el principal obligado de estos derechos. Sin embargo, la actividad jurisprudencial ha empezado a visualizar diferentes alternativas a la cuestión del obligado principal y ha retomado y actualizado la tesis de la “eficacia directa de los derechos sociales en los actos entre particulares” (*unmittelbare drittwirkung*).³⁷⁴

³⁷² ARANGO, R., *El concepto...*, *op.cit.* 95

³⁷³ *Ídem.*

³⁷⁴ Esta tesis fue expuesta por primera vez en Alemania, en 1952 por Hans Carl Nipperdey donde discutió esta eficacia a propósito de la paridad salarial entre hombres y mujeres que se desprendería del art. 3.2. de la Ley Fundamental de Bonn. El Tribunal Federal del Trabajo alemán acogió esta tesis en 1955 y se pronuncia a favor de la vinculación directa de los derechos fundamentales. Posteriormente, en su sentencia del 10 de mayo de 1957, el mismo Tribunal señaló que la decisión venía impuesta por la eficacia directa de los derechos fundamentales y por la nueva dimensión que éstos habían adquirido, no solo como derechos de defensa frente al Estado sino como verdaderas “normas de ordenación social”, que tenían el poder de limitar el accionar de los particulares, en tanto formaban parte del “orden público constitucional”.

Desde la perspectiva de los derechos sociales como derechos a acciones estatales se afirmaba que los derechos sociales fundamentales sólo podían tener una *eficacia horizontal indirecta (mittelbare drittwirkung)*³⁷⁵. Existió cierto acuerdo en la doctrina al respecto la cual rechazó la idea de que los particulares puedan ser considerados obligados directos. En primer lugar, por la naturaleza de los derechos sociales fundamentales como derechos generales. En segundo lugar, por la limitación a los derechos fundamentales que significaría cargar sobre los particulares tamañas responsabilidades. Y finalmente, porque las Constituciones modernas en general, priorizan, en principio, los derechos individuales antes de las necesidades colectivas, considerando que el individuo es un fin en sí mismo.

Por esto, la única forma de vinculación posible de los particulares a los derechos sociales fundamentales es de forma indirecta, por el *efecto horizontal indirecto de los derechos fundamentales*³⁷⁶. Ésta se desarrolla en la interpretación del derecho ordinario, donde el juez debe reconocer las normas objetivas de derechos sociales fundamentales en las relaciones jurídicas privadas para evitar una vulneración de los derechos sociales fundamentales³⁷⁷. El juez, en aplicación del principio de supremacía constitucional, debe reconocer, en la aplicación judicial del derecho privado, los derechos sociales fundamentales.

³⁷⁵ Esta tesis pretendía no sólo preservar al máximo la autonomía privada, sino además mediatizar la aplicación de los derechos fundamentales a través de ciertos preceptos propios del Derecho Civil. Esta tesis fue planteada por Günter Dürig en 1956, en su trabajo “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”.

³⁷⁶ “En contraste con la doctrina del efecto horizontal directo, la tesis del efecto horizontal indirecto no ve a los sujetos de derecho privado como los obligados por las normas de derechos fundamentales, sino exclusivamente al Estado, en especial al legislador y al juez.” (CANARIS, C.W., *Grundrechte und privatrecht*, ACP, 1984, p. 210.)

³⁷⁷ “Efecto horizontal de los derechos fundamentales significa que las leyes civiles generales deben ser aplicadas en el marco de la interpretación de forma que valoraciones iusfundamentales adecuadas puedan ser introducidas en él.” (STARCK, C., *Praxis der Verfassungsauslegung*, Nomos, Baden-Baden, 1994, p.66.)

Si el juez no tiene en consideración las normas objetivas sobre derechos sociales fundamentales en su decisión sobre derecho privado, podría generar la vulneración de los derechos y, por lo tanto, generar una decisión inconstitucional. En la determinación de las obligaciones jurídicas de particulares de derecho civil, los derechos legales son precisados a la luz de las disposiciones de derechos fundamentales. Sin embargo, que de un derecho legal se origine obligaciones en cabeza de particulares no convierte al derecho legal en un derecho social fundamental³⁷⁸. Los derechos legales contienen obligaciones que se fundan en leyes, las cuales deben respetar y ser interpretados de conformidad con los derechos fundamentales. En este sentido, los obligados de los derechos fundamentales no son los particulares sino el juez, el legislador y la administración pública, es decir, el Estado.

Hasta aquí es importante señalar que el concepto de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados (*drittwirkung*) ha sido desarrollada doctrinariamente en la realidad constitucional europea, teniendo en cuenta que es una figura que nace de la actividad del Tribunal Constitucional Alemán y estudiada con mayor intensidad en Alemania y España.

En el constitucionalismo latinoamericano, la eficacia de los derechos sociales en las relaciones entre particulares ha tenido un desarrollo algo diferente. En primer lugar, porque en varios países de nuestra región, incluyendo Perú, se ha reconocido la posibilidad de interponer amparos contra actos de particulares, con lo cual ya existe el reconocimiento de un deber por parte de los particulares de respetar los derechos sociales fundamentales en sus relaciones privadas. Por otra parte, los tribunales han desarrollado formas específicas de atribución de responsabilidades a agentes privados, sobre

³⁷⁸ “Una disputa entre particulares sobre derechos y obligaciones que emanan de normas de comportamiento del derecho civil influenciadas constitucionalmente, se mantiene material y procesalmente como un enfrentamiento de carácter civil.” BverfGE 7, 198, [Lüth], del 15 de enero de 1958.

todo en el desarrollo del llamado “deber de solidaridad” (presente en el principio de responsabilidad social) y en el análisis de la incidencia actual de las empresas en el cumplimiento de estos derechos cuando prestan servicios públicos.

En todos los casos jurisprudenciales donde se ha reconocido la “eficacia directa de los derechos sociales”, este se ha dado a partir del análisis de los fines del Estado social de Derecho y la ponderación de principios del constitucionalismo social y de la libertad individual. Afirma PISARELLO que frente a la creciente privatización de recursos y servicios que conforman el objeto de derechos sociales, incumbe a los poderes públicos la obligación de proteger los derechos de las personas frente a afectaciones provenientes de agentes privados. Para el autor, esta obligación exige ampliar el ámbito de la *Drittwirkung* constitucional, sobre todo en situaciones de especial subordinación e indefensión de los destinatarios frente a prestadores privados así como en aquellas otras situaciones que puedan crearse por vía legal.³⁷⁹

La “eficacia directa de los derechos sociales en las relaciones entre particulares” ha sido desarrollada en la Corte Constitucional Colombiana la cual la ha analizado en la vinculación de los derechos fundamentales en el ámbito de servicios públicos brindado por particulares. En su jurisprudencia sobre el tema, la Corte asume una posición de principio al considerar que el deber de solidaridad que encarna el Estado social exige una actuación de los particulares en la prestación del servicio público, no de carácter patrimonialista sino de interés general. Además la Corte considera que la situación de poder en que se coloca la empresa que brinda el servicio respecto a la persona que recibe el mismo, puede generar situaciones arbitrarias, que deben ser interdictas por la tutela constitucional.³⁸⁰

³⁷⁹ PISARELLO, G., “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales” en *Isonomía*, n°15, Octubre 2001, pp. 95.

³⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, C- 134/94, Sentencia del 17 de marzo de 1994.

También en Argentina y Perú, las respectivas Cortes constitucionales han analizado casos concretos de violación de derechos sociales fundamentales a la luz de la teoría de la eficacia directa de estos derechos frente a terceros. En Argentina, los casos sobre eficacia directa de los derechos sociales frente a particulares se han centrado más en temas de salud.³⁸¹ En el caso peruano, el análisis de esta figura se ha dado en la sentencia 0607-2009-PA/TC, donde el Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de pronunciarse por primera vez sobre el tema. En esta sentencia, referida a la protección del derecho a la educación universitaria frente a una empresa privada, el Tribunal señaló: “[...] La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales no se proyecta sólo al ámbito de los clásicos derechos civiles y políticos,[...] sino que encuentra un particular terreno de desenvolvimiento en los denominados derechos económicos, sociales y culturales.”³⁸²

La discusión en torno a la eficacia de los derechos sociales frente a agentes privados es una discusión aún abierta. Esta investigación considera que, en última instancia, siempre el principal obligado de los derechos sociales fundamentales viene a ser el Estado. Consideramos que aún no se ha construido una teoría sólida que defienda la eficacia directa de los derechos sociales en las relaciones privadas. Visto así, resultaría bastante arriesgado asegurar que los derechos sociales tienen eficacia directa porque detrás de estos existen deberes generales que todos debemos observar.

Reconocemos que, en ciertas circunstancias concretas, algunos agentes privados pueden incidir significativamente en el ejercicio de ciertos derechos

³⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA, E.34, XXXV, del 13/03/2001.

³⁸² SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0607-2009-PA-TC del 18 de marzo del 2010, FJ.24. En aquella oportunidad, el Tribunal manifestó: “En el presente caso, si bien se trata de un contrato de prestaciones recíprocas, no por ello se puede atribuir, sin más, a la presente controversia una naturaleza civil y contractual, que debe ser resuelta al amparo de las normas de derecho privado en la medida que el servicio brindado por la demandada es considerado un servicio público, el cual atiende a la prestación de un específico derecho social fundamental como lo es el derecho a la educación (...) En este sentido, la eficacia frente a particulares...”.

sociales (como los laborales, los derechos de consumidores, etc.) y que tienen obligaciones de respeto y en algunos casos de promoción de estos derechos debido al tipo de relación en el que están inmersos (como las relaciones empleadores-empleados) o a la actividad económica que ejercen (como la relacionada con servicios públicos o administración de bienes públicos). Empero, ni el obligado particular ni la obligación exigible están directamente determinadas en la norma constitucional, sino que se determinan por medio de leyes o por el reconocimiento jurisprudencial a raíz de una interpretación sistemática de la Constitución. Es decir, que para que se pueda reconocer a un obligado particular se requiere, siempre, de la concretización de la relación jurídico-constitucional, la cual se hace siempre por medio de la actividad pública, sea legislativa o judicial.

2.4.2.2.3 El objeto de los derechos sociales fundamentales

El objeto de los derechos fundamentales, en general, son aquellas acciones u omisiones del Estado que constituyen el contenido de la norma del derecho fundamental, y de la obligación jurídica fundamental, y cuyo cumplimiento es necesario para la realización del derecho. Es decir, el objeto del derecho fundamental va a depender de cómo ha de realizarse³⁸³. Cuando para su realización, el derecho fundamental requiere de una acción del Estado, entonces el objeto del derecho es una acción. En este caso entonces, se trata de un derecho de prestación propiamente dicho o de un derecho de protección y organización del Estado. Por otro lado, si el derecho fundamental requiere de una abstención del Estado, entonces el objeto del derecho fundamental será esa abstención. Por este motivo, para determinar

³⁸³ ARANGO, R., *El fundamento...*, *op.cit.* p. 109

el objeto del derecho fundamental debemos centrarnos en su contenido, es decir, en sus condiciones de realización que sólo podrá determinarse en la aplicación del caso concreto³⁸⁴.

Desde una perspectiva *prima facie*, los derechos fundamentales contienen tanto obligaciones a acciones positivas como negativas. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión contiene tanto obligaciones positivas organizacionales (p.ejm.la creación de un entramado institucional para la garantía del ejercicio del derecho) como obligaciones negativas o de abstención respecto al ejercicio del derecho.

En el caso de los derechos sociales fundamentales, la situación no es distinta. Por ejemplo, el derecho a la educación tiene un claro contenido prestacional pero también posee una dimensión obligacional negativa que consiste, por ejemplo, en la obligación del Estado de no intervenir en el autogobierno universitario o en la libertad de cátedra. En general, partimos de la consideración que todos los derechos fundamentales poseen un “espectro de obligaciones” que van desde acciones negativas en un extremo, a acciones positivas, por el otro³⁸⁵. Por este motivo rechazamos una diferenciación estructural entre los derechos liberales y los derechos sociales. Consideramos que los derechos sociales fundamentales comparten la característica del “amplio espectro de obligaciones”. Por lo cual, desde una perspectiva amplia, podríamos afirmar que el objeto de los derechos sociales fundamentales podrían constituirse en: 1) acciones negativas del Estado 2) acciones jurídicas positivas (los derechos de protección y organización) y 3) acciones fácticas positivas³⁸⁶.

³⁸⁴ *Ídem*.

³⁸⁵ “Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o a los derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada está determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. (ABRAMOVICH, V., Y Cristian COURTIS, *Los derechos sociales...*, *op.cit.*, p.27.)

³⁸⁶ Esta clasificación de las acciones que constituyen el contenido de las obligaciones de los derechos sociales fundamentales en general, se corresponde también con la clasificación de “niveles de

Sin embargo, desde una perspectiva restringida, consideramos que el objeto propio de los derechos sociales fundamentales son las acciones fácticas positivas en virtud de su *raison d' être*, la cual es paliar las desigualdades sociales a fin de otorgar al individuo la posibilidad de desarrollarse en sociedad, para lo cual se requiere, en gran medida, de una intervención estatal, es decir, de su actuar³⁸⁷.

Desde esta perspectiva, destacamos la dimensión prestacional de los derechos sociales fundamentales por considerar que es la esencia sobre la cual se ha construido la teoría de los derechos sociales fundamentales y que justifica su inclusión en las constituciones contemporáneas. Excluimos a las obligaciones negativas por considerarlas propias de los derechos de libertad e igualdad formal. La vulneración de los derechos sociales fundamentales cuyo contenido exija una abstención es propia de la vulneración de los derechos de defensa o del derecho a la igualdad jurídica. Por otro lado, también excluimos a las obligaciones de organización y protección por considerar que constituyen, más que el objeto propio de los derechos sociales fundamentales, medios para su realización y cumplimiento.

Aunque consideramos que, en esencia, no existen diferencias tajantes entre los derechos sociales y los derechos liberales en lo referente al contenido

obligaciones estatales” desarrollada por Fried VAN HOOFF que caracterizarían el complejo que identifica cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos liberales o derechos sociales. De acuerdo a esta propuesta se pueden discernir cuatro niveles de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar y obligaciones de promover. Consideramos que los derechos a acciones negativas del Estado corresponde al nivel de respetar, a los derechos a acciones jurídicas corresponden al nivel de proteger y promover y finalmente a los derechos a acciones positivas fácticas correspondería al nivel de garantizar. (VAN HOOFF, “The legal nature of economic, social and cultural rights: A rebuttal of some traditional views”, en ALSTON, P. Y TOMASEVSKI, K.,(eds.), *The right to food*, Utrecht, 1984, pp.97-110.) Asbjorn EIDE refiere a la existencia de obligaciones estatales de respetar, obligaciones estatales de proteger y obligaciones estatales de satisfacer. EIDE, A., “Economic, social and cultural rights as human rights” en (EIDE, A., y C. KRAUSE(eds.), *Economic, social and cultural rights*, Londres, 1995, pp.21-49.)

³⁸⁷ “Para los derechos sociales, en cambio, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas; la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces q el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho.” (CONTRERAS PELAEZ, *Derechos sociales...*, op.cit. p.21)

obligacional en sentido amplio, sostenemos que es importante para el desarrollo de los derechos sociales fundamentales a fin de considerarlos plenamente eficaces, por cuestiones exclusivamente metodológicas, acentuar su carácter prestacional. En este sentido consideramos que el contenido *propio* de los derechos sociales fundamentales son las acciones fácticas positivas las cuales presuponen su posibilidad jurídica.

En referencia a ello, ARANGO sostiene que el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales como acciones positivas depende de las posibilidades jurídicas y fácticas de realización de las demandas legítimamente elevadas, lo cual se trata principalmente de un problema de argumentación³⁸⁸. En este sentido, si puede demostrarse que la capacidad decisoria del Estado se reduce a cero en circunstancias determinadas, de forma que sólo pueda admitirse una única decisión posible entonces el Estado estará obligado a actuar positiva y fácticamente en tal sentido mediante la adopción de las medidas correspondientes³⁸⁹.

Para el autor, las dificultades en la determinación del objeto de los derechos sociales fundamentales realzan un problema de reconocimiento, el cual no debe resolverse a favor de fines funcionales o de razones organizativas del Estado, sino en beneficio de los derechos fundamentales, ello porque los derechos fundamentales vinculan a todos los organismos estatales y exigen de estos contribuir decididamente a su realización³⁹⁰. La determinación del objeto de los derechos sociales fundamentales tiene lugar, por lo general, de manera negativa, por la vía de la argumentación según el caso concreto. La asunción de que una acción estatal ha sido omitida permite preguntarse si se ha vulnerado un derecho positivo general al ocasionarle un daño injustificado al individuo. La posibilidad o la probabilidad de establecer tal daño mediante procedimientos racionales es un argumento a favor de la posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento de acciones fácticas positivas por parte del

³⁸⁸ ARANGO, R., *El fundamento...*, *op.cit.*, p. 112.

³⁸⁹ *Ídem*, p.112.

³⁹⁰ *Ídem*, p.113.

Estado.³⁹¹ Como veremos más adelante, ARANGO ha desarrollado una teoría para determinar el objeto del derecho social en cada caso concreto, partiendo de un concepto evolucionado de “derecho subjetivo”.

A su vez, Laura CLERICÓ hizo lo propio, empero la autora ha adaptado el test de proporcionalidad a la protección de los derechos sociales, a través del examen del *mandato de prohibición de protección deficiente*³⁹². Al igual que ARANGO, CLERICÓ parte de la teoría de los derechos fundamentales de Robert ALEXI y retoma su famoso test de proporcionalidad.

Esta autora observa que existe una evidente pretensión de realizar ponderaciones respecto a las exigencias definitivas que trae un derecho social en circunstancias determinadas, aún en contra de las consideraciones establecidas por órganos políticos. Así construye -a partir del análisis de la jurisprudencia y la doctrina constitucional alemana- un test de proporcionalidad aplicado al mandato de prohibición de protección deficiente de los derechos sociales, sosteniendo que a través de este test es posible obtener el carácter definitivo de los mandatos derivados de los derechos sociales. Este test está estructurado a partir de los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, aunque difiere en su desarrollo y aplicación debido a que la naturaleza prestacional de los derechos sociales hace que la vulneración del derecho se produzca por omisiones o acciones insuficientes o defectuosas, lo cual se refleja no en la estructura del test sino en la configuración de algunas de sus reglas y en su forma de aplicación³⁹³.

En efecto, el test se configura de la siguiente manera: a) con referencia al sub-principio de *idoneidad*, una medida estatal u omisión resulta ilegítima

³⁹¹ *Ídem.*, p.112-113

³⁹² CLERICÓ, L., “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto” en CARBONELL, M., Y GRANDÉZ, P. (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional, n°8, Lima, Palestra, pp.115-156.

³⁹³ *Ídem.*, p. 117

cuando no es suficiente para alcanzar una protección adecuada y eficaz del derecho social en cuestión³⁹⁴ b) con respecto al sub-principio de *necesidad*, se determina la regla que si existen otros medios alternativos que puedan fomentar tanto el derecho de prestación positiva como el fin estatal (cuando éste no coincida con el derecho de prestación), en mayor medida que el medio atacado, entonces la omisión o la acción insuficiente no es proporcional en sentido amplio. Si se da el caso en el que el derecho de prestación colisiona con otros derechos, entonces el medio alternativo debe restringir los derechos colisionantes en igual o menor medida que el medio atacado³⁹⁵ c) Finalmente, con referencia al test de *proporcionalidad en sentido estricto*, cuando la acción u omisión insuficiente es idónea (en abstracto y/o en concreto) y no existen medios alternativos de mayor idoneidad y eficacia, pero la falta de realización del derecho de prestación positiva no encuentra justificación frente a los argumentos a favor de la importancia y realización del fin estatal perseguido y/o de los derechos fundamentales y/o bienes constitucionales colisionantes, entonces, es la omisión o acción insuficiente desproporcionada en sentido amplio, es decir, ilegítima o inconstitucional³⁹⁶.

En esencia, CLERICÓ explica una estructura formalizada para evaluar en qué casos cabe proteger de modo definitivo un derecho social. Sin embargo, el principal aporte que realiza- es este, su trabajo doctoral- es proponer un método para aplicar el test de proporcionalidad a la protección judicial de los derechos sociales, el cual distingue entre la estructura de las reglas del test de proporcionalidad y la intensidad de su aplicación, la que queda finalmente definida por el contexto en el que se desenvuelve la praxis jurisprudencial³⁹⁷.

Así, en lo referido al *examen de necesidad*, si bien generalmente se aplica la regla según la cual el medio alternativo más idóneo para la satisfacción del

³⁹⁴ *Ídem*, pp.121-133.

³⁹⁵ *Ídem*, p. 136-137

³⁹⁶ *Ídem*, p.151

³⁹⁷ *Ídem*, p. 154-155

derecho social debe presentarse en forma evidente para anular el medio “atacado” escogido por el legislador o el gobierno (regla de evidencia), esta amplia discrecionalidad en la elección de los medios puede limitarse a favor de un control material intensificado cuando “estén en juego restricciones iusfundamentales muy intensas, como las que se suelen vivir en Latinoamérica en relación con los derechos a la alimentación, educación, salud, entre otros derechos sociales.”³⁹⁸ En este tipo de control no se aplicaría la presunción de proporcionalidad a favor del medio establecido, sino que la idoneidad y necesidad del medio deben demostrarse de forma suficiente por el legislador o el gobierno, mientras que la labor del juez se centra en investigar la adecuación de las medidas adoptadas o la existencia de otras alternativas que sean más propias para la satisfacción del derecho social.

Por otro lado, en cuanto al *examen de proporcionalidad en sentido estricto*, CLERICÓ afirma que al determinar el grado de intensidad de la afectación del derecho social debe considerarse principalmente en la importancia que estos derechos tienen para las personas en situación de indefensión especialmente grave así como su relevancia en situaciones de desigualdad estructural o discriminación largamente asentadas³⁹⁹. Dicho esto, considera necesario adaptar a nuestra realidad latinoamericana- en sus palabras “caracterizada por marcados contextos de exclusión social y de insatisfacción de niveles mínimos de protección social⁴⁰⁰”- la regla de la “progresividad de la ponderación”, según la cual se exige una mayor proporcionalidad de las razones que pretenden justificar las acciones u omisiones insuficientes mientras más graves sean los niveles de desatención de los derechos sociales. Así: “Si se está en presencia de una realización baja, muy baja o extremadamente baja de un derecho de prestación positiva por omisión o

³⁹⁸ *Ídem*, p. 140-141

³⁹⁹ *Ídem*, p.151.

⁴⁰⁰ *Ídem*, p.152.

acción insuficiente, entonces se trata de una violación al mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente”⁴⁰¹.

Este “principio de prohibición de protección deficiente” propuesto por CLERICÓ determina el proceso de ponderación en cuatro aspectos: 1) genera una presunción *iuris tantum* contra la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente 2) determina que la carga de la prueba para demostrar la legitimidad constitucional de la medida de la omisión o acción insuficiente corresponde a los poderes públicos (sea la Administración o el Legislativo) 3) establece una “exigencia agravada de justificación” que sólo acepta razones de la mayor importancia para legitimar los niveles graves de desatención de los derechos sociales y 4) determina una regla epistémica- derivada del principio *pro hominem*- que en caso de duda al final de la argumentación, queda la omisión o acción insuficiente como no proporcional⁴⁰².

Finalmente, la autora afirma que con estas reglas la posibilidad de aplicación del test de proporcionalidad para la evaluación de omisiones o acciones insuficientes es posible, convirtiéndose en un método viable para hacer realmente efectivos los derechos sociales en países de bajos índices de realización de estos derechos, como el caso de los países latinoamericanos. Por ello, afirma que la aplicación de esta herramienta metodológica se hace especialmente adecuada en el contexto del control constitucional de las leyes. Al realizar el control, debe considerarse como factor de análisis no sólo la gravedad de la desatención en la que se encuentren estos derechos y las poblaciones especialmente vulnerables, sino también la posibilidad de participación que tienen los ciudadanos (especialmente los afectados) en los procesos deliberativos donde se definen sus necesidades básicas⁴⁰³.

El test de proporcionalidad de la omisión o protección insuficiente diseñado por CLERICÓ evidencia la posibilidad del establecimiento de parámetros

⁴⁰¹ *Ídem*, p. 152.

⁴⁰² *Ídem*, p. 153

⁴⁰³ *Ídem*, p. 155.

objetivos para determinar el contenido exigible de un derecho social. En otras palabras, señala LEÓN, “implica la determinación de las prioridades en las obligaciones correspondientes a un derecho social sobre otros objetivos fijados por el gobierno así como la perentoriedad del cumplimiento de dicha obligación sobre plazos mayores que el gobierno hubiese fijado”⁴⁰⁴. Así, la posibilidad de que la evaluación del contenido exigible de un derecho social sea objetiva y no se encuentre supeditada a la subjetividad judicial está condicionada a la claridad con que se fijen las reglas y la regularidad que las mismas alcancen en la praxis jurisprudencial. Mientras exista una mayor definición de los estándares con los que se van a evaluar las políticas sociales, más certeza existirá sobre los resultados de la ponderación a efectuarse en el caso concreto, así como una mayor certeza sobre la concreción del ámbito protegido del derecho social en cuestión.

Hasta aquí, hemos realizado el análisis de lo que constituye el objeto del derecho social. Para esta investigación, queda claro que el derecho social tiene como objeto principal -aunque no exclusivo- obligaciones positivas por parte del Estado. Estas obligaciones positivas, contrario a lo que la doctrina clásica ha venido sosteniendo, son susceptibles de ser determinadas en cada caso concreto, en el momento en que el derecho- principio se concrete y se manifieste como derecho-regla. Tanto ARANGO como CLERICÓ han demostrado que es posible construir parámetros objetivos para poder determinar los mandatos definitivos positivos de los derechos sociales. En la práctica jurisprudencial, también los Tribunales han desarrollado métodos que les han permitido evaluar la eficacia de las políticas sociales en casos determinados. Como veremos más adelante, la jurisprudencia comparada -donde resaltan los casos de Sudáfrica y Colombia- ha demostrado que es posible determinar las obligaciones en materia de derechos sociales en casos concretos, generalmente cuando los afectados se encuentran en situación de especial vulnerabilidad e

⁴⁰⁴ LEÓN, F., “La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades” en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP, n°18, 2013, p. 417.

indefensión y el caso exige una intervención urgente por parte de la judicatura. Pero estos casos serán analizados con mayor detenimiento más adelante.

2.5 Los derechos sociales fundamentales en la Constitución Política del Perú de 1993

En general, los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política peruana de 1993 son glosa y calco de su antecesora, la Constitución de 1979, la cual inscribió por primera vez al Estado Peruano dentro del marco de Estado social y democrático de Derecho⁴⁰⁵.

Así, la Constitución de 1979 se caracterizó por incluir en su cuerpo un gran elenco de derechos fundamentales derivados de los Tratados internacionales de Derechos Humanos de los que Perú forma parte, la consagración de expresas instituciones relacionadas con el control de la constitucionalidad (p.ej. la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales), la defensa de los derechos humanos (p.ej. la acción de amparo) y el amplio tratamiento de la “Constitución económica”, directamente relacionada con la obligación estatal de garantizar el interés social en la actividad económica⁴⁰⁶.

Esta Constitución fue muy generosa respecto al reconocimiento de derechos sociales. Como Estado democrático y social reconoció a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado (art.1) además del reconocimiento de los derechos a la seguridad social (art.12), al trabajo (art.42), a la salud (art.15), a la vivienda (art.18), a la educación (art.21) así como el reconocimiento de los principios generales de regulación de una

⁴⁰⁵ Art.79 de la Constitución Política del Perú de 1979.

⁴⁰⁶ GARCÍA BELAUNDE, D., *Las constituciones del Perú*, Lima, 2º edición, Fondo editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2006, p. 142

economía social de mercado como régimen económico estatal (art.110). Dentro del marco de la Constitución de 1979, el Estado era responsable de promover las condiciones económicas y sociales para fomentar el empleo, crear igualdad de oportunidades, eliminar la pobreza y proteger el trabajo como fuente principal de riqueza. Esta Constitución consideraba al derecho al trabajo como objeto de principal protección por constituir “deber y derecho de todos los hombres y representar la base del bienestar nacional”.⁴⁰⁷ Estaba prohibida la existencia de cualquier condición que impidiese el ejercicio de los derechos fundamentales o rebajase la dignidad humana y- en función de los principios que la determinaban (justicia social, solidaridad, igualdad en la participación de la riqueza del Estado)- los derechos sociales eran objeto de especial protección estatal.

La situación anteriormente descrita cambió completamente cuando entró en vigencia la actual Constitución Política de 1993. Fruto de un autogolpe (el autogolpe fujimorista de 1992) y criticada por la falta de seriedad y profesionalización del Constituyente que la elaboró, esta Constitución recortó drásticamente los derechos sociales fundamentales protegidos por la Constitución de 1979 en *pro* de una flexibilización del mercado de trabajo que diera pie a un neoliberalismo económico. En este sentido, la política de privatización de las empresas públicas generó una flexibilización de la normatividad laboral, eliminando la estabilidad laboral y la protección al trabajador, generando un drástico retroceso respecto a los derechos laborales desarrollados en la Carta de 1979⁴⁰⁸. Por otro lado, también se eliminó la educación universitaria gratuita⁴⁰⁹ y se dejó un indiscriminado camino abierto a toda inversión extranjera al reconocer un tratamiento

⁴⁰⁷ Constitución Política del Perú de 1979, Preámbulo, Párrafo 4.

⁴⁰⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, C., “Los derechos laborales y la estabilidad en el trabajo”, en: *La Constitución de 1993, Análisis y Comentarios, Serie Lecturas sobre temas constitucionales 10*, Lima, CAJ, 1994, p. 102

⁴⁰⁹ VEGAS, J., “Gratuidad de la enseñanza” en *La Constitución de 1993, Análisis y comentarios, Serie Lecturas sobre temas constitucionales 10*, Lima, CAJ, 1994, p. 86.

igualitario a la inversión nacional y extranjera, reduciendo los derechos sociales para así evitar o disminuir los “sobrecostos sociales”.⁴¹⁰

Afirma César LANDA que, en los hechos, se producía una tensión de dos modelos jurídico, político y económico de organización y funcionamiento del Estado de Derecho: uno, caracterizado por priorizar la cuestión social y la redistribución del poder y otro, basado en la subordinación de lo social al mercado y a la concentración del poder⁴¹¹. En otras palabras, señala LANDA que se pueden apreciar con claridad las ideologías jurídicas contrapuestas que sostienen el modelo de Estado social y el modelo de Estado neoliberal.

Consideramos aquí que, a partir de lo analizado por LANDA, los derechos sociales fundamentales fueron incluidos en la Carta constitucional peruana de 1993 con una intención real, la de estar a la “vanguardia constitucional” y reconocer en su seno el mayor elenco de derechos fundamentales; es decir, por el lado político- jurídico, reconocer al Estado peruano como un Estado social y democrático de Derecho. Pero, por otro lado, también se buscó la modernización económica del Estado cuando se comprobó que el modelo del Estado-empresario había fracasado y que debía buscarse nuevas fórmulas para superar la crisis económica y política en la que se encontraba el Perú a inicios de la década de 1990.

Esto generó que se promulgara una Constitución que diseñaba un modelo de Estado que, a juicio de GARCÍA BELAUNDE: “puede ser calificado como Estado de Derecho a secas, con muy poca preocupación social”.⁴¹² La realidad es que los derechos sociales fundamentales contenidos en la Carta de 1993- durante el primer decenio de su creación- tuvieron una existencia nominal y no es hasta después del año 2001- con la transición democrática-

⁴¹⁰ OCHOA, C., “Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993”, en *La Constitución de 1993, Análisis y comentarios, Serie Lecturas sobre temas constitucionales 10*, Lima, CAJ, 1995, p. 85.

⁴¹¹ LANDA, C., *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Ed. Porrúa- IMDPC, 2011, p.34.

⁴¹² GARCÍA BELAUNDE, *Las constituciones...*, *op.cit.*, p. 142.

que llegan a tener una existencia real, con su desarrollo en el seno de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional Peruano.⁴¹³

Formalmente, la Constitución peruana de 1993 reconoce los derechos fundamentales de la persona en su Título I “De la persona y la sociedad”, el cual está dividido en tres capítulos: I) Derechos fundamentales de la persona II) De los derechos económicos y sociales III) De los derechos políticos y los deberes. Esta división en capítulos del Título I ha llevado a algunos expertos a afirmar que el Constituyente tuvo la intención de reconocer como “fundamentales” exclusivamente a los derechos expresamente mencionados en el Capítulo I, mientras que a los derechos económicos y sociales y los derechos políticos no, pues requieren de previa regulación legislativa y que, en el caso de los derechos sociales, además se requiere de recursos económicos que permitan al Estado proveerlos. Sin embargo, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución y tomando en cuenta la denominación del Estado Peruano como democrático y social, no puede sostenerse esta afirmación.

Independientemente de la denominación de los capítulos contenidos en el Título I de la Carta de 1993, lo cierto es que este título contiene los derechos fundamentales de la persona desde una perspectiva individual pero también social. No puede sostenerse la doctrina de que en el Estado social peruano solo se reconoce como fundamentales a los derechos civiles mientras que los derechos sociales y los políticos son librados de tal consideración y esto, en palabras de LANDA, pues ésta constituye una concepción positivista y formalista que deshumaniza la teoría y praxis de los derechos sociales fundamentales.⁴¹⁴

Además, la defensa de los derechos sociales como derechos fundamentales en la Constitución de 1993 cuenta con otra razón de peso. Esto en virtud del art.3 constitucional, el cual- a la letra- expresa que la enumeración de los

⁴¹³ LANDA ARROYO, C., *Derechos fundamentales...*, op.cit., p.35.

⁴¹⁴ LANDA, C., *Derechos fundamentales...*, op.cit., p. 36.

derechos establecidos en el capítulo I “no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”⁴¹⁵. En definitiva, este artículo permite afirmar que también son derechos fundamentales los demás reconocidos por la Constitución aún así no se encuentren ubicados en el capítulo I e incluso los llamados “derechos implícitos”, los cuales no se encuentran expresamente previstos en la Constitución pero que se pueden considerar adscritos a ella por medio de la interpretación en base a los principios constitucionales mencionados.

Así, los derechos sociales fundamentales expresamente contemplados en la Constitución de 1993 son cinco: 1) El derecho de protección a la institución familiar (del art.4 al art.6), 2) El derecho a la salud (art.7 al art.9), 3) El derecho a la seguridad social (art.10 al art.12) 4) El derecho a la educación (art.13 al art.21) y 5) El derecho laboral (art.22 al art.29).

En algunos casos, los derechos sociales fundamentales se formulan como derechos subjetivos, estos en su mayoría referidos a derechos de defensa. En este caso tenemos el art. 13 que recoge el derecho de los estudiantes a que la educación religiosa se imparta con respeto a la libertad de conciencias, el art. 15 que reconoce el derecho a una formación que respete su identidad así como el buen trato psicológico y físico, el art. 18 el cual reconoce la libertad de cátedra, el art. 25 que recoge el derecho a la jornada ordinaria máxima tanto diaria como semanal así como el derecho al descanso semanal y anual, remunerados o el art.28 que prevé al trabajador de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, por mencionar algunos.

Sin embargo- y como habíamos mencionado al explicar la naturaleza jurídica de los derechos sociales fundamentales- el hecho de que estos derechos

⁴¹⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Título I, art.3.

subjetivos se reconozcan en base a normas constitucionales de defensa de los derechos sociales no es óbice para no considerar que existan algunos derechos subjetivos que puedan obtenerse en base a una interpretación sistemática de los normas constitucionales en general donde, a través de un proceso de subjetivización pueda reconocerse- en el caso concreto- derechos sociales fundamentales adscritos⁴¹⁶. Y con mayor razón, si la propia Constitución, en el art. 3 reconoce la existencia de los llamados “derechos innominados”, los cuales no vienen a ser otra cosa que los derechos que no están explicitados en la Carta constitucional pero que se pueden obtener en base a una interpretación sistemática de la misma tomando como fundamentos la dignidad humana, la soberanía del pueblo, el principio democrático y la forma republicana de gobierno.

Por otro lado, la Constitución Peruana de 1993 también recoge derechos sociales fundamentales como principios objetivos del sistema jurídico los cuales pueden ser mandatos constitucionales formulados como principios jurídicos o de delegación al legislador para su desarrollo. Como ejemplo, tenemos el caso del art. 23 el que afirma que en ninguna relación laboral se puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer ni rebajar la dignidad del trabajador, así como también el caso del art. 26 el cual sostiene principios que deben guiar las relaciones jurídicas-laborales como el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos en la Constitución y en la Ley, así como la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma.

En el caso de los derechos sociales fundamentales reconocidos como mandatos constitucionales de delegación al legislador para su desarrollo tenemos el caso del art. 7 el cual obliga al legislador a crear un régimen legal

⁴¹⁶ “Empero, en los supuestos de conflicto, el juez debe concretizar las normas en un caso particular, a partir de la ponderación de los derechos o bienes constitucionales en controversia siguiendo el teste de razonabilidad o proporcionalidad, pero con diferentes grados de intensidad en función de la naturaleza del derecho o del bien constitucional a tutelar” (BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2005, p. 873.)

de protección, atención, readaptación y seguridad de la persona incapacitada, art. 27 el cual obliga al legislador la expedición de la ley que otorgue al trabajador la adecuada protección contra el despido arbitrario, el art. 23 sobre el deber de promover condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo, el art. 10 que obliga la expedición de una Ley que prevea las contingencias objeto del derecho a la seguridad social, entre otras. Aunque no en todos los casos los derechos sociales fundamentales como mandatos constitucionales se dirigen exclusivamente al legislador. Por ejemplo, el art. 9 que trata sobre la “Política nacional de Salud” es un mandato dirigido al Poder Ejecutivo, el cual es el responsable de diseñarla, supervisarla y conducirla con el fin de garantizar el acceso universal de los servicios de salud.

Con el objeto de aproximarnos al contenido normativo constitucionalmente protegido de los derechos sociales, realizaremos a continuación un análisis de cada una de las disposiciones constitucionales que enuncian los derechos sociales fundamentales de la Carta Constitucional Peruana de 1993. Esto con el objeto de determinar el punto de partida de la protección mínima que brinda la constitución a cada uno de los derechos enunciados en el Capítulo II “De los derechos sociales y económicos”.

2.5.1 Las disposiciones jurídico-constitucionales que reconocen expresamente derechos sociales en la Constitución Peruana de 1993

2.5.1.1 El derecho a la protección de la institución familiar (del art. 4 al art.6 de la CPP '93)

Las normas constitucionales para la protección de la familia se encuentran distribuidas a lo largo de la Carta Constitucional. Sin embargo, los derechos fundamentales derivados de su protección constitucional han sido ubicados por el legislador en el Capítulo II “De los derechos sociales y económicos” del título I “De la persona y la sociedad”, del artículo 4 al 6. Es por esta razón que se justifica su estudio como derechos sociales constitucionales.

En definitiva, a pesar de su ubicación bajo el rótulo de derechos económicos y sociales, las normas constitucionales para la protección de la familia, en su mayoría, enuncian principios constitucionales (art.4), normas programáticas (art.6) y alguna norma de reconocimiento (art.5), de la cual es imposible derivar propiamente derechos fundamentales. Los únicos derechos fundamentales reconocidos en estas normas constitucionales son 4: 1) el derecho de las familias y de las personas de decidir sobre su paternidad (art.6) 2) El derecho-deber de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (art.6) 3) el derecho de los padres al respeto y asistencia de sus hijos y 4) la igualdad de derechos de los hijos. (art.6)

2.5.1.2 El derecho constitucional a la salud (Del art. 7 al art. 9)

El desarrollo del contenido del derecho constitucional a la salud no se llevado a cabo a sólo nivel normativo, sino a nivel jurisprudencial a partir del principio de interrelación de los derechos humanos (relacionando la salud con el derecho a la vida y a la integridad física y psicológica) y de los desarrollos jurisprudenciales de los Tribunales internacionales de protección de Derechos Humanos, sobre todo aquellos desarrollos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dicho esto, podemos afirmar que en el título II (De los derechos sociales y económicos) de la CPP ´93, donde se encuentra regulado el derecho a la

salud (especialmente en el art.7), se reconocen tres derechos de eficacia directa y dos principios constitucionales en materia sanitaria. Como normas de eficacia directa están: 1) El derecho a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad (art.7) 2) El derecho al respeto de la dignidad de la persona discapacitada física o mental (art.7) y 3) El derecho de la persona discapacitada a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad (art.7). Como principios constitucionales se afirman: 1) La represión del tráfico ilícito de drogas y regulación del uso de tóxicos sociales y 2) El principio de protección estatal de la salud.

2.5.1.3 El derecho constitucional a la seguridad social (del art.10 al 12)

El derecho a la seguridad social es el derecho social por excelencia al ser aquel con el que se inaugura el constitucionalismo social en la Constitución de Weimar de 1919. En la Constitución peruana de 1993 su desarrollo se da en escasos tres artículos, los cuales enuncian sólo dos derechos y un principio constitucional de aplicación en materia pensionaria. Los derechos enunciados son: 1) El derecho universal a la seguridad social (art.10) y 2) el derecho al libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones (art.11). También se reconoce el principio de intangibilidad de los fondos y reservar de la seguridad social así como se ordena al legislador a establecer la entidad de gobierno que administrará los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

2.5.1.4 El derecho constitucional a la educación (art.13 al art.20)

El derecho a la educación es el derecho que mayor desarrollo normativo ha tenido dentro de la Carta Constitucional de 1993. A lo largo de 6 artículos, enuncia 8 derechos de eficacia directa, 13 principios constitucionales en materia de educación y 2 normas programáticas. Los derechos enunciados son: 1) El derecho a la libertad de enseñanza (art.13) 2) El derecho de los padres de escoger los centros de educación de sus hijos y de participar en el proceso educativo (art. 13) 3) El derecho a la libertad de conciencia en la educación (art.14), 4) El derecho a una formación que respete la identidad del educando, así como el buen trato psicológico y físico (art.15), 5) El derecho de toda persona a promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de estas (art. 15) 6) El derecho a la educación gratuita en las instituciones del Estado (art.17) 7) El derecho a la educación gratuita en universidades públicas a los alumnos que mantengan rendimiento escolar satisfactorio y no cuenten con recursos económicos (art. 17) y 8) El derecho a la libertad de cátedra.

2.5.1.4 El derecho constitucional al trabajo (art.21 al art.29)

El derecho al trabajo no sólo está referido al derecho a acceder a un empleo sino de las condiciones de este empleo y en general, a todos los derechos desarrollados para proteger a la parte más vulnerable de la relación laboral: el trabajador. Junto con el derecho a la seguridad social, constituye un derecho social por excelencia, cuyo origen se remonta a los orígenes mismos del Estado social. Esto lo convierte en un derecho social de exhaustivo desarrollo, sobre todo a nivel internacional con los numerosos

convenios sobre la materia expedidos por la Organización Internacional del Trabajo.

A nivel nacional es, junto con el derecho a la educación, el derecho social de mayor desarrollo constitucional. Esto lo convierte en el derecho más exigido judicialmente, lo que ha permitido también un mayor desarrollo jurisprudencial. En la Constitución de 1993 se reconocen 9 derechos laborales de eficacia directa y 7 principios constitucionales aplicables al ámbito laboral. Son derechos constitucionales: 1) El derecho a acceder a un trabajo (art.22) 2) El derecho a la libertad de elección de empleo (art. 23) 3) el derecho a una remuneración equitativa y suficiente (art.24) 4) El derecho a la jornada de trabajo (art.25) 5) El derecho al descanso semanal y anual remunerados (art.25) 6)El derecho a la sindicación (art.28) 7) El derecho de negociación colectiva de trabajo (art.28) 8) El derecho de huelga (art.28) y 9) El derecho de participación de los trabajadores en utilidades de la empresa a otras formas de participación (art.29).

En conclusión, los derechos sociales fundamentales en la Constitución Peruana de 1993 son, en algunos casos, derechos subjetivos. En este caso hemos visto que pueden ser derechos subjetivos a acciones negativas (como el caso de los derechos de defensa) y en otros casos, derechos subjetivos a acciones positivas adscritos constitucionalmente. Por otro lado, también encontramos los derechos sociales fundamentales como principios objetivos del ordenamiento jurídico enunciados como principios jurídicos o como mandatos al legislador y a los demás poderes del Estado, los cuales deben dirigir su acción en el sentido que estipulan las normas-mandatos sobre derechos sociales. Finalmente debemos señalar que, debido a la dicotomía existente en el origen ideológico de la Constitución del 1993, el desarrollo del contenido propio de los derechos sociales fundamentales se ha dado en mayor medida por medio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.

2.5.2 *La exigibilidad judicial de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional Peruano tuvo oportunidad de manifestarse sobre el concepto de los derechos sociales en la sentencia recaída sobre el expediente 2945-2003-AA/TC del 20 de abril del 2004. Esta es la jurisprudencia más importante sobre la materia y ha a partir de la cual el Tribunal Constitucional ha interpretado los derechos sociales en la Constitución peruana de 1993 y ha decidido al respecto.

El Tribunal Constitucional afirma que los derechos sociales son:

“(…) las facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económicas- sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes a la dignidad humana.⁴¹⁷”

Y a pesar de adoptar la tesis de los derechos programáticos, al expresar que:

“(…) cuando se habla de exigencia, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte medidas adecuadas para el logro de los fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismo jurídicamente sancionables, al ser necesario soporte presupuestal para su ejecución.⁴¹⁸”

Señala que finalmente, no se trata de meras normas programáticas de eficacia mediata, sino que requieren ser mínimamente satisfechas por el

⁴¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 2945-2003-AA/TC, Sentencia del 20 de abril del 2004, fj. 10

⁴¹⁸ Ídem, fj.12

legislador a fin de garantizar la dignidad humana, acentuando su relación con los derechos civiles y políticos. Expresa esta idea el Tribunal:

“No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad o igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente⁴¹⁹”

Además, el Tribunal descarta que la obligación que tiene el Estado con estos derechos sea de tipo político, rechazando que estos derechos constituyan normas programáticas que representan más un plan de acción política que un derecho concreto. Para el Tribunal, la obligación constitucional que tiene el Estado de diseñar políticas públicas nace con la finalidad de resguardar derechos fundamentados en la protección de la dignidad humana. Así ha manifestado el Tribunal:

“Este Tribunal considera erróneo el argumento de la defensa del Estado cuando señala que el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto. Debe recordarse, entonces, que *toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social. Por esta razón, sostener que los derechos sociales se*

⁴¹⁹ Ídem, fj.11

reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución.”⁴²⁰ (La cursiva es nuestra)

Con referencia a la exigibilidad de los derechos sociales, el Tribunal Constitucional refiere que esta no está vinculada a la naturaleza de los derechos sociales como derechos fundamentales, sino que está relacionada a su efectividad. Sobre esto, señala:

“(…) Esta preceptividad diferida (al referirse a su naturaleza prestacional o progresiva), no implica en modo alguno el desconocimiento de la condición de derechos fundamentales que ostentan los derechos sociales o que el reconocimiento de estos como derechos fundamentales vaya a depender de su nivel de exigibilidad (que cuenten con mecanismos jurisdiccionales para su protección). Como se verá más adelante, los derechos sociales son derechos fundamentales por su relación e identificación con la dignidad humana y porque así se encuentran consagrados en la Constitución(…) La exigibilidad será, entonces, una categoría vinculada a la efectividad de los derechos fundamentales, pero no determinará si un derecho es fundamental o no⁴²¹.”

Finalmente, el Tribunal Constitucional aplica el mismo criterio desarrollado teóricamente por ARANGO y explicado anteriormente, según el cual, aunque la naturaleza claramente prestacional del derecho social hace imposible su exigibilidad judicial en todos los casos, existen casos en los que el derecho se individualiza y es posible determinar su aspecto judicialmente exigible. Estos son los casos en que el derecho social se manifiesta como derecho

⁴²⁰ Ídem, fj.18

⁴²¹ Ídem, fj.19

subjetivo y se evidencia el daño que el desconocimiento del derecho social provoca en la persona:

“(…) los derechos sociales, como la salud pública, no pueden ser exigidos de la misma en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de los exigido, lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento. 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.”⁴²²

En base a lo expuesto por Tribunal Constitucional- como lo veremos en el capítulo final de esta investigación- los derechos sociales constitucionales han sido justiciabilizados. Las técnicas utilizadas por el Tribunal para la justiciabilidad de los derechos sociales son diversas. Sin embargo, parten de la tesis de que los derechos sociales, en Perú, son exigibles judicialmente cuando se trata de la protección del contenido constitucionalmente protegido o cuando su desconocimiento afecta otros derechos fundamentales. Como se verá más adelante, existen garantías jurisdiccionales a través de las cuales se puede exigir judicialmente, por vía directa o indirecta, la tutela de estos derechos.

⁴²² Ídem, FJ.22

CAPÍTULO TERCERO

LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNO PERUANO EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

3.1 Introducción al capítulo

La premisa desde la cual partimos en este capítulo referido a la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno peruano en materia de derechos sociales es simple: El Estado, al ratificar un Tratado internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁴²³, no solo los está reconociendo judicialmente como verdaderos derechos, sino que se está obligando internacionalmente a respetarlos, protegerlos y garantizarlos; generando así la posibilidad de caer en responsabilidad internacional en caso de no cumplir con las obligaciones asumidas en el Tratado. Así, según el Derecho de los Tratados Internacionales, el Estado no

⁴²³ El *nomen iuris* de los derechos sociales en el Derecho Internacional es el de Derechos económicos, sociales y culturales. Respecto a la nomenclatura, hay un problema. En principio porque el derecho internacional ha incluido en los Tratados Internacionales en materia de Derechos sociales también a los derechos económicos y culturales. Esto puede generar un problema al momento de delimitar el concepto internacional de los derechos sociales. Aquí, básicamente nos centramos en el análisis de los derechos sociales coincidentes en el derecho internacional y en las Cartas Constitucionales.

podrá justificar su incumplimiento señalando que no tuvo intenciones de asumir una verdadera obligación jurídica sino que solo busco realizar una mera intención de buena voluntad política.

Por ello, en el presente capítulo analizaremos la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interrelación con el derecho interno de los Estados, a través del control de constitucionalidad convencionalidad. Esto será importante para observar cómo se aplican las normas internacionales en materia de derechos sociales en el derecho doméstico. Posteriormente, nos centraremos en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Peruano en los tratados internacionales en materia de derechos sociales en el Sistema Internacional e Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Finalmente, nos detendremos en la aplicación de las normas jurídicas internacionales sobre derechos sociales por parte de la jurisdicción constitucional peruana.

Consideramos importante incluir este capítulo en la investigación debido al alto grado de confluencia actual entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno estatal, lo cual hace ineludible el estudio del desarrollo a nivel internacional que se ha conseguido en materia de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. En las próximas páginas trataré de manera detallada este fenómeno.

3.2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Su evolución y características principales

Resulta inevitable la referencia al Derecho internacional de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales si tenemos como propósito identificar el contenido de las normas de

derechos sociales en el ámbito constitucional y analizar los mecanismos de justiciabilidad que el Tribunal Constitucional ha creado para garantizarlos jurisdiccionalmente. Y esto es así debido a la relativización de la soberanía de los Estados en materia de derechos humanos, proceso iniciado en 1948 y que, hasta el día de hoy, viene desarrollándose lento pero seguro.

En efecto, uno de los grandes fenómenos del Derecho Internacional contemporáneo es el protagonismo de la protección y garantía de los derechos humanos, el cual ha llevado a la comunidad Internacional a buscar nuevas y cada vez más efectivas fórmulas que permitan hacerlos reales y efectivos⁴²⁴. Esta búsqueda resultaría infructuosa si el Derecho Internacional no contara con mecanismos internos para hacer efectivas sus decisiones. Estos mecanismos sólo se los puede dar el propio Estado, a través de su Carta Constitucional o la actividad de sus órganos internos.

Desde un punto de vista internacional, los Derechos Humanos responden a un sistema de valores jurídicos superiores de alcance universal que subyace en los diferentes instrumentos jurídicos internacionales en la materia⁴²⁵. Estos constituyen el *ius cogens* internacional y conforman el orden público internacional. Desde el punto de vista del derecho interno, una vez ratificados por los Estados constituyen una decisión constitucional básica, los cuales han de informar a todo el ordenamiento jurídico.⁴²⁶ En este sentido, la comunidad internacional considera fundamental su defensa y protección, para lo cual ha creado todo un sistema jurídico internacional a fin de

⁴²⁴ FERNANDEZ DE CASAVANTE, C., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. Dilex, Madrid, 2000, p. 48-49

⁴²⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso ...*, *op.cit.*, pág. 415.

⁴²⁶ FERNÁNDEZ, F., “Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional” en *Derecho PUCP, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n°48, 1994, p. 148. También AYALA CORAO, C., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en MENDEZ SILVA, R. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, México, 2002, pp. 42.

garantizar “los derechos básicos de ser humano, la paz y la seguridad internacional.”⁴²⁷

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se constituye como el *corpus iuris* internacional de la protección de los derechos humanos. Está conformado por el conjunto de tratados internacionales en materia de derechos humanos, las Observaciones Generales e Informes de los Organismos Internacionales designados a la protección y promoción de derechos humanos, el *ius cogens* internacional y por todos las fuentes del Derecho Internacional Público que de una u otra manera contengan normas que refieran a la protección del ser humano en el ámbito internacional⁴²⁸.

Así, resulta ser una extensión del Derecho Internacional General con características y principios propios en razón de la naturaleza específica de la materia, en la cual el sujeto principal es la persona humana y no los Estados⁴²⁹. Señala CARRILLO que a partir de una construcción paciente y novedosa, “se ha ganado un lugar visceral y se ha convertido, finalmente, en un contenido esencial del moderno Derecho Internacional Público”.⁴³⁰ Entre sus características están: 1) la especialidad o particularidad de los instrumentos de Derechos Humanos 2) su compatibilidad con los principios del Derecho Internacional, sobre todo con el principio de soberanía estatal 3) la subsidiariedad de la jurisdicción internacional 4) la irrenunciabilidad de la

⁴²⁷ Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz (...)3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. CARTA DE NACIONES UNIDAS, *Capítulo I, Propósitos y principios*, San Francisco, 1945.

⁴²⁸ En este sentido, reviste vital importancia la costumbre internacional.

⁴²⁹ RUSSO, A., *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 2001, p. 23

⁴³⁰ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su dinámica y funciones*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 96.

jurisdicción internacional 5) la progresividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y 6) la preeminencia del principio *pro hominem*.⁴³¹

Los Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, al conformar el dominio del Derecho Internacional convencional, tienen una interpretación orientada por las reglas propias del Derecho Internacional Público, tales como las establecidas en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969⁴³². Empero, los tratados internacionales en general poseen una interpretación muy diferente a la propia cuando la materia versa sobre derechos humanos⁴³³. En efecto, estos tratados son claramente distintos a los tratados clásicos, que establecen o reglamentan concesiones o ventajas recíprocas para las partes contratantes. Al respecto, señala CASCADO TRINDADE que, en primer lugar, estos tratados prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivo, las cuales deben ser garantizadas o implementadas colectivamente y enfatizan el predominio de consideraciones de interés general (orden público internacional) que trasciende los intereses individuales de las partes contratantes. En segundo lugar, estos tratados no son interpretados a la luz de concesiones recíprocas, como los tratados clásicos, pero sí en la búsqueda de la realización del propósito último de protección de los derechos fundamentales del ser humano. Esta interpretación se realiza de forma constante por los mecanismos de supervisión creados por ellos mismos, aplicando el principio *pro hominem* y el principio de desarrollo progresivo de los derechos humanos⁴³⁴. Además, la interpretación teleológica, con énfasis en la realización del objeto y fin de los tratados de derechos humanos, ha sido

⁴³¹ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995.

⁴³² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHOS DE LOS TRATADOS, art. 31.

⁴³³ MEDINA, C., “La interpretación de los tratados de derechos humanos”, en RODRIGUEZ PINZÓN, D., (COORD.), *La dimensión internacional de los derechos humanos*, Washington DC, BID- Washington University- College of Law, 1999, pp. 52-58.

⁴³⁴ CASCADO TRINDADE, A., “La interpretación de tratados en el derecho internacional y la especificidad de los tratados de derechos humanos”, en *El derecho internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Ed. Jurídica de Chile, 2006, pp.26-40.

adoptada por los órganos de supervisión internacional como el mejor método para asegurar una protección eficaz de los derechos humanos⁴³⁵.

En palabras de NIKKEN, los tratados en materia de derechos humanos se dirigen al tratamiento dispensado por los Estados, en el ámbito de su ordenamiento jurídico interno, a todas las personas en el ámbito de su jurisdicción⁴³⁶. Pero la interpretación interna del derecho humano no se limita a lo expresado en la Constitución y sus normas de desarrollo, sino que debe interpretarse a la luz de los desarrollos que sobre el derecho existan en la normativa internacional. En efecto, señala CANCELADO que aún cuando los conceptos que se utilizan en los Tratados Internacionales en la materia encuentran paralelos en el derecho interno, se revisten de un sentido internacional autónomo, estableciendo patrones comunes de comportamiento para todos los Estados Partes.⁴³⁷

Por ello, dada la multiplicidad de tratados e instrumentos de protección no llega a sorprender que la interpretación y aplicación de ciertos dispositivos de un determinado Tratado internacional de derechos humanos sean a veces utilizadas como orientación para la interpretación y aplicación de dispositivos correspondientes de otro tratado de derechos humanos (en general, más recientes)⁴³⁸. Los múltiples tratados e instrumentos de protección se han reforzado mutuamente mediante tal “interacción interpretativa” de modo que se ha contribuido a la universalidad del derecho convencional de protección de los derechos humanos. En estos casos siempre se aplica el principio de la primacía de la norma más favorable a las supuestas víctimas⁴³⁹.

En conclusión, compartimos la visión de CANCELADO al afirmar que los tratados en materia de derechos humanos se erigen sobre premisas distintas

⁴³⁵ La interpretación conforme al objeto y fin del Tratado se encuentra dispuesta en el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969.

⁴³⁶ NIKKEN, P., *La protección internacional de los Derechos Humanos*. Su desarrollo progresivo, Civitas, Madrid, 1987, p. 19

⁴³⁷ CANCELADO, A., *El derecho internacional...*, op.cit., p.27.

⁴³⁸ SCHEININ, M., “Economics and Social Rights as legal rights”, en ASBORJN , E., *Economics, social and cultural rights...* op. cit. p. 362.

⁴³⁹ CANCELADO, A., *El derecho internacional...*, op.cit., p.86

de los tratados clásicos (que reglamentan intereses recíprocos entre las partes), inspirados en la noción de garantía colectiva de los derechos del ser humano y dotados de mecanismos de supervisión propios, que requieren una interpretación y aplicación guiadas por los valores comunes superiores que abrigan⁴⁴⁰. Esto en razón que con la aparición de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico internacional, se rompe el paradigma interestatista para dar paso a uno nuevo: el paradigma de los derechos humanos internacionales. Con la proliferación de tratados internacionales en materia de derechos humanos de todo tipo (sobre el derecho a tutelar, sobre las minorías, de instauración de Tribunales Internacionales) se empieza a hablar un nuevo “lenguaje de derechos humanos internacionales” con la aparición de nuevos actores para darles efectividad (organismos internacionales, ONG, grupos ciudadanos). Los derechos humanos también legitiman las relaciones interestatales, en el sentido que para reforzar estas relaciones sea importante un status interno de derechos humanos. Sin embargo, el rápido avance de la protección internacional de los derechos humanos ha generado una colisión en el seno de las soberanías estatales. Aquí se inicia una nueva discusión en torno a las formas posibles de interrelación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho interno, donde se pueda compatibilizar las obligaciones internacionales estatales en materia de derechos humanos y los derechos fundamentales de cada Estado.

3.3 La tensión entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en materia de Derechos Humanos: El bloque de Constitucionalidad-Convencionalidad como solución pacífica en el Constitucionalismo latinoamericano

⁴⁴⁰ *ídem*, pp.40.

Desde una postura clásica del Derecho Internacional Público, el ordenamiento jurídico internacional encontraba su fundamento en una comunidad internacional de estructura interestatal que tenía además una función eminentemente relacional y competencial. Esta función implicaba regular las relaciones entre los Estados y distribuir sus competencias logrando así una convivencia estable.⁴⁴¹ Desde aquí se planteaba considerar exclusivamente a los Estados como sujetos del Derecho Internacional Público y en la doctrina iusinternacionalista existía unanimidad en afirmar que los individuos eran sólo beneficiarios de las obligaciones adoptadas por los Estados⁴⁴².

Sin embargo, los lamentables hechos acontecidos durante la primera mitad del siglo XX y sus consecuentes transformaciones en la dinámica de la Comunidad internacional originaron la necesidad fundamental del reconocimiento de cierta subjetividad internacional de la persona humana. En efecto, el Derecho Internacional contemporáneo- aún diseñado a partir de una estructura interestatal de yuxtaposición⁴⁴³- se está humanizando y ha añadido entre sus funciones esenciales, la de desarrollo integral del ser humano y los pueblos mediante la cooperación internacional⁴⁴⁴. En la medida en que el Estado observa que para la consecución de sus fines debía ejercer política exterior, se plantea dos posibles soluciones: 1) acentuar la yuxtaposición, incrementando el nivel de violencia de la sociedad internacional, o 2) procurar incrementar los niveles de cooperación entre los Estados, de manera que se hiciera soportable su coexistencia y se permitiera niveles mínimos de convivencia entre los mismos.⁴⁴⁵ Resulta evidente que la

⁴⁴¹ DIEZ DE VELAZCO, M., *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1998, pp.59

⁴⁴² PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6º ed., Madrid, Tecnos, 1996, p.211.

⁴⁴³ Ídem.

⁴⁴⁴ CARRILLO SALCEDO, J., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2º reimpresión, 2004, pp. 17.

⁴⁴⁵ “La cooperación de los Estados no eliminaba los niveles de yuxtaposición de forma absoluta, pero tendía a identificar planos en los que la cooperación era posible y en los que la yuxtaposición resultaba inevitable.” (RODRIGUEZ CARRIÓN, A., “Derecho internacional, Derechos humanos y derecho interno” en VV.AA, *Consolidación de Derechos y Garantías: Los grandes retos de los derechos en el*

Comunidad Internacional de finales del siglo XX optó por la segunda solución.

Al respecto, afirma RODRIGUEZ CARRIÓN que a cada tipo de sociedad internacional corresponde una forma diferente de concebir el Derecho Internacional. Así, en una sociedad internacional de yuxtaposición (1648-1948), las normas jurídicas tienden a evitar los roces exteriores, mientras que en una sociedad de cooperación (1948- actualidad), las normas jurídicas tienen que promover reglas de conducta que en última instancia impliquen incluso la limitación de competencias, en principio, soberanas.⁴⁴⁶ En consecuencia, mientras más avanzados los ámbitos de la cooperación, más evolucionadas han de resultar las normas jurídicas y por consiguiente, más limitadas las posibilidades de comportamiento “absolutamente” soberano de los Estados.

Lo anterior explica la razón por la cual el Derecho Internacional, en los últimos 60 años, ha multiplicado sus normas y sus ámbitos de aplicación. Después de la Segunda Guerra Mundial, la Comunidad Internacional entendió que más valía atender de forma directa los asuntos relacionados con los derechos humanos, la paz y la seguridad internacional y para eso, no podía dejar la competencia exclusiva de la materia a los Estados. Para estos últimos, significó la pérdida de su competencia exclusiva en materia de derechos humanos de sus ciudadanos. En palabras de RODRIGUEZ CARRIÓN: “Empieza a existir una concepción planetaria de lo humano en la actual aldea global y se comprende que los problemas relativos a la miseria, al hambre y a los derechos humanos no pueden ser solucionados desde una

siglo XXI, Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 255- 276.)

⁴⁴⁶ Ídem.

perspectiva estancada de soberanías estatales que, a lo que más podría aspirar es a barrer y mantener en orden la propia casa.”⁴⁴⁷

A nuestro modo de ver, la grandeza del actual Derecho Internacional contemporáneo es precisamente que las concepciones competencialistas del Derecho Internacional clásico- por el cual se entendía que el Estado tenía exclusiva competencia sobre todos sus asuntos internos incluyendo los derechos humanos- han sido sustituidas por concepciones proteccionistas de los intereses y las necesidades de la comunidad internacional en general⁴⁴⁸. La transformación descrita también impacta profundamente en la dimensión jurídica interna, en la medida en que el aumento de los ámbitos de protección internacional conlleva la expansión de los ordenamientos internos para mantenerse al compás de los nuevos desarrollos⁴⁴⁹. Empero, cuando las normas jurídicas internacionales consiguen su positivización o reconocimiento en el derecho interno, en estas normas internas se pierde la perspectiva de su origen internacional. Consecuentemente, se le imputa al Derecho Internacional ineficacia e incapacidad de hacer efectivas sus propias normas, cuando lo que es realmente ineficaz o incapaz son los propios ordenamientos internos.

A pesar de ello, hay algo que el Derecho Internacional no puede obviar: los medios para la consecución de los objetivos jurídicos internacionales residen en el ámbito de las competencias estatales. Así, la protección de los derechos humanos son cuestiones de interés para la comunidad

⁴⁴⁷ *Ídem*, pp. 259. Sobre la defensa a la posición de la limitación de la soberanía de los Estados por los derechos humanos también se debe consultar a CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1994.

⁴⁴⁸ GROSS ESPIELL, H., *Estudios sobre Derechos Humanos*, Tomo II, Madrid, Civitas, 1988, pag. 56.

⁴⁴⁹ “Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional alcanza en la solución de los problemas del presente, que ya no se paran en su mayoría en las fronteras nacionales, un enorme incremento de su significación. Sin embargo, parece exagerado, hoy, hablar de una verdadera disolución de la estatalidad o de la Constitución, si bien los concretos Estados y sus estructuras constitucionales no dejan de ser afectados por este proceso. La soberanía en el sentido clásico ya no corresponde a los Estados constitucionales iusinternacionalmente vinculados de formas diversas.” (BIAGGINI, G., “La idea de Constitución ¿Nueva orientación en la época de la globalización?”, En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm.7, 2003, pp. 51.)

internacional en su conjunto, por lo que le compete intervenir en su garantía y respeto. Sin embargo las competencias para su efectiva aplicación siguen estando, esencialmente, atribuidas a los Estados.⁴⁵⁰

En este proceso, el reconocimiento jurídico-internacional de los Derechos Humanos ha puesto en jaque al Estado soberano, pues se ha comprobado que este no siempre cumple con su obligación de dotar a sus ciudadanos de las mayores garantías para hacer efectivos sus derechos a fin de lograr su desarrollo integral. Es más, en algunos casos, son ellos los perpetradores directos de las violaciones de estos derechos. Además, el concepto tradicional de soberanía estatal se pone a prueba ante los evidentes cambios de la sociedad internacional actual: el acelerado desarrollo tecnológico y sus consecuencias en la vida social evidencian que la clásica “soberanía” debe de ser trastocada si no quiere sucumbir⁴⁵¹.

En este sentido, la soberanía se relativiza para dar juego a nuevos fenómenos entre los que se encuentra el sometimiento del Estado ante órganos jurisdiccionales internacionales para responder por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos⁴⁵². Pero este sometimiento no ha sido pacífico y aún hoy se discute en el plano académico si el reconocimiento de la competencia contenciosa de un Tribunal Internacional en materia de Derechos Humanos significa la renuncia total a la soberanía del Estado en materia de Derechos Humanos o, por el contrario, si esto significa que el Estado reserve para sí cierta soberanía.

⁴⁵⁰ Este es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que reglamenta todo el proceso penal internacional hasta el dictamen de sentencia, pero recurre al derecho interno del Estado miembro en lo referente a la ejecución de la pena.

⁴⁵¹ FERNANDEZ SÁNCHEZ, P., “La soberanía poliédrica” en VARGAS GOMEZ- URRUTIA, M. (Coord.), *Soberanía del Estado y el Derecho internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Univ. De Sevilla, 2005, pp. 587-618.

⁴⁵² El sometimiento de los Estados a las jurisdicciones internacionales por medio de cláusulas facultativas de jurisdicción

En referencia a esto, CASCADO TRINDADE entiende que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha hecho un significativo esfuerzo para imponer deberes que implican la interacción entre sus normas y las del derecho interno. Señala que al consagrar normas que acarreen esta interacción- como las pertinentes a la compatibilización entre sus disposiciones y los del derecho interno (con referencia expresa a preceptos constitucionales y leyes internas específicas) y las relativas al derecho a un recurso efectivo ante instancias nacionales- los tratados de derechos humanos atendieron a la necesidad de prevenir o evitar conflictos entre las jurisdicciones internacional y nacional y de armonizar la legislación nacional con las obligaciones convencionales. De esta forma, considera improcedente la invocación de la soberanía nacional en lo tocante a la interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos vigentes.⁴⁵³

Aunado a ello, se observa que el DIDH prevé otras formas de compatibilización como las limitaciones al ejercicio de ciertos derechos humanos en casos de excepción, las reservas permitidas a los Estados por los propios tratados, la consagración del requisito del previo agotamiento de los recursos internos y las cláusulas facultativas de los Tratados. Todas estas disposiciones presentes en el DIDH existen en virtud de evidenciar el carácter subsidiario de los procedimientos internacionales y responsabilidad primordial de los órganos internos de los Estados de garantizar los derechos⁴⁵⁴. A través de ellas, se busca el respeto de la soberanía estatal en materia de derechos humanos, con la única exigencia que la aplicación sea

⁴⁵³ CASCADO TRINDADE, A., *El Derecho internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Ed. Jurídica de Chile, 2001, pp.267-313

⁴⁵⁴ “(...) No está de más recordar que tanto en la fase inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de los derechos humanos, cuanto-en su caso- en la etapa de ejecución de una sentencia de condena internacional, la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.” BAZÁN, V., “Conexiones y tensiones entre el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno en Latinoamérica” en *Justicia Constitucional, Derecho supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*, Lima, Ed. Grijley, 2007, p. 270.

compatible con el objeto y propósito de los Tratados internacional en materia de Derechos Humanos.⁴⁵⁵

Pero también desde el constitucionalismo se ha propuesto técnicas para integrar constitucionalmente las normas del DIDH. Así por ejemplo- en las tres últimas décadas- el constitucionalismo social latinoamericano se ha distinguido en el ámbito internacional por asegurar los derechos fundamentales en base no sólo a la formulación de los derechos asegurados constitucionalmente sino también incorporando a su *corpus iuris* los derechos asegurados por las fuentes formales del Derecho Internacional.⁴⁵⁶ En este contexto, el Estado no se encuentra sólo vinculado a los derechos fundamentales contenidos en su Carta Constitucional o en sus leyes internas sino que además debe aplicar las normas sobre derechos humanos contenidos en los distintos tratados internacionales de los que forma parte, así como a la interpretación que sobre aquellos desarrollen los órganos internacionales competentes.

A fin de poder desarrollar una función normativa integradora de las diferentes normas nacionales e internacionales, los Tribunales internos vienen aplicando el llamado “bloque de constitucionalidad”, en su versión extendida de constitucionalidad-convencionalidad. Aquí, empezaremos explicando el mecanismo desde su origen. El bloque de constitucionalidad (también llamado “parámetro” de constitucionalidad) constituye un serio intento del neoconstitucionalismo de dotar a la Constitución de otras fuentes que puedan enriquecer su contenido y reforzar así su carácter dinámico y plural. En efecto, el mecanismo del “bloque” es compatible con la idea de la Constitución escrita y con el principio de supremacía constitucional pues es

⁴⁵⁵ CANCADO TRINDADE, A., “Exhaustion of local remedies in relation to legislative measures and administrative practices- the european experience”, en *Malaya Law Review*, Singapore, 1976, pp. 257-280.

⁴⁵⁶ NOGUEIRA, H., *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Ed. Librotecnia, Capítulo I, 2008.

ella misma la que determina que otras normas no incluidas en su cuerpo normativo, tenga fuerza constitucional⁴⁵⁷.

La noción de *bloque de constitucionalidad*, fue desarrollada en el constitucionalismo norteamericano de principios del siglo XX y está referida a la existencia de normas que no aparecen enunciadas en los textos constitucionales, pero que poseen la misma fuerza constitucional. Esto significa que- en palabras de RUBIO- la Constitución “puede ser normativamente *algo más* de lo que refiere el texto constitucional”⁴⁵⁸. Es el caso, por ejemplo, del derecho de las mujeres a abortar en Estados Unidos, el cual ha sido reconocido por la Corte Suprema Norteamericana en la célebre sentencia *Roe vs. Wade* de 1973.⁴⁵⁹ Por medio del análisis del bloque constitucional, la Corte determinó la existencia de este derecho innominado, en base a la aplicación de la novena enmienda.

En el constitucionalismo contemporáneo, el análisis del bloque de constitucionalidad resulta indispensable pues se requiere de una Constitución viva, dinámica y nada cerrada a los cambios sociales. Constituye- en palabras de NOGUEIRA- “uno de los elementos básicos para realizar un juicio de constitucionalidad pues irradia un criterio interpretativo y aplicativo que ningún operador jurídico debe dejar de considerar⁴⁶⁰”. Ello como consecuencia del carácter principalista de la Constitución donde-para su integración- los textos constitucionales suelen hacer remisiones expresas o tácitas a otras reglas o principios que, sin encontrarse expresamente mencionados en la Constitución, poseen rango constitucional⁴⁶¹. Este es el

⁴⁵⁷ BIDART, G., “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, citado por NOGUEIRA, H., “Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos” en *Anuario de Derecho Latinoamericano*, Buenos Aires, CIEDLA- KONRAD ADENAUER, 2000, p. 188.

⁴⁵⁸ RUBIO LLORENTE, F. , “El bloque de constitucionalidad” en *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁴⁵⁹ UPRIMNY, R., “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal” en O’DONNELL, D., y UPRIMNY, I, y VILLA, A. (Comp) *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá: Oficina Alto Comisionado de NU para los derechos humanos, 2001.

⁴⁶⁰ NOGUEIRA, H., “Las constituciones...”, *op.cit.*, p 189.

⁴⁶¹ FAVOREAU, L., “El bloque de constitucionalidad” en *Revista del Centro de Estudios*

caso de las Constituciones que determinan el rango constitucional de los Tratados en materia de Derechos Humanos⁴⁶² y también el caso de la cláusula de los derechos innominados, el cual determina que se reconozca constitucionalmente derechos que no hayan sido taxativamente incorporados al texto constitucional pero debido a su relación con la dignidad y el bienestar de la persona, poseen valor constitucional.⁴⁶³

Empero, la virtud de la existencia de un bloque interpretativo de derechos fundamentales no es siempre del todo evidente. Por un lado, el bloque de constitucionalidad puede ser una virtud para la interpretación constitucional, pues permite el dinamismo interpretativo de los derechos fundamentales con el afán de una mayor garantía de los derechos. Esto permite que el contenido de los derechos se actualice y cambie de acuerdo a las nuevas tendencias y necesidades sociales que exigen nuevos mecanismos de protección. Por otro lado, también puede traer complicaciones al operador jurídico, pues el complejo entramado de normas y principios contenidos en el bloque de constitucionalidad puede provocar una confusión al momento de la configuración del derecho constitucional en el caso concreto de aplicación.

Sin embargo, es evidente que la posible confusión sobre las normas a aplicar en la interpretación de derechos no puede justificar la inaplicación de las normas jurídicas internacionales pues si el juez actúa de esta manera, estaría desconociendo derechos vinculantes para el Estado lo cual puede acarrear su responsabilidad internacional por violación de derechos humanos convencionales. Por esto, es importante que los tribunales internos conozcan las normas jurídicas internacionales y sus contenidos y sean capaces de

Constitucionales, Madrid, N°5, 1990.

⁴⁶² Este es el caso del art. 75 de la Constitución Argentina, el art. 5 de la Constitución chilena, el art. 17 de la Constitución de Ecuador de 1998, el art. 46 de la Constitución de Nicaragua, el art. 23 de la Constitución de Venezuela de 1999 así como la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana de 1993.

⁴⁶³ La cláusula de derechos innominados se encuentra reconocida en: art. 5 de la Constitución de Brasil, el art. 22 de la Constitución de Venezuela, el art. 94 de la Constitución colombiana así como el art. 3 de la Constitución Política Peruana.

aplicarlas según sus propios principios interpretativos y en armonía con sus propias normas internas.

Debido a la importancia que en las últimas décadas han adoptado las normas internacionales en materia de derechos humanos se vio la necesidad de establecer mecanismos de compatibilidad de estas con las normas de derechos fundamentales del derecho doméstico. En este sentido, cuando el bloque de constitucionalidad determina la aplicación de normas internacionales de derechos humanos en el derecho interno, se dice que se aplica el *bloque de constitucionalidad- convencionalidad de derechos fundamentales*, un concepto novísimo derivado del principio de interpretación conforme.

En realidad, la idea no es nueva: respecto a la aplicación de tratados internacionales en materia de derechos humanos en el derecho interno ya se habían referido antes algunos autores como una fuente más del bloque de constitucionalidad⁴⁶⁴. Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia desarrolló el Control de Convencionalidad como aquel que deben desarrollar los Tribunales internos al interpretar los derechos fundamentales de su ordenamiento interno a la luz de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derecho Humanos⁴⁶⁵. Por

⁴⁶⁴ Para profundizar al respecto ver trabajos de: ARANGO, M., ESTRADA, A., RAMELLI, A., y UPRIMMY, R. Además debemos comentar el caso de la Resolución n° 1920- 2003 del 13 de noviembre del 2003 de la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana que determina que junto a la Constitución, integran “Bloque de Constitucionalidad” los Pactos y Convenciones Internacionales y las Opiniones Consultivas y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo como consecuencia el reconocer y establecer los principios fundamentales del debido proceso y su aplicación inmediata en todos los Tribunales de República Dominicana.

⁴⁶⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió por primera vez al “Control de convencionalidad” en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* donde manifestó que a pesar de: “[ser] consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, [...] obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”, recordó que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermad[o]s por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Para ello, el Tribunal indicó que el Poder Judicial debe ejercer “una especie” de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*,

tanto, la noción de constitucionalidad-convencionalidad no es más que la fusión de estos dos conceptos para realzar la trascendencia del mecanismo interpretativo en el actual derecho constitucional interamericano.

Desde esta consideración, el bloque de constitucionalidad-convencionalidad está constituido por el conjunto de derechos fundamentales incorporados en la Constitución, por las fuentes del DIDH (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y el *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados en los ordenamientos jurídicos nacionales a través de la cláusula de derechos innominados (*numerus apertus*) y en los Estados-Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, por vía del artículo 29 literal c) de la misma⁴⁶⁶. Este bloque de constitucionalidad-convencionalidad funciona como parámetro de validez que sirve para contrastarla con las normas de rango inferior, con el fin de elucidar si se ha contravenido dicho bloque.⁴⁶⁷

Además, el bloque de constitucionalidad-convencionalidad no sólo está conformado por normas jurídicas y principios, sino también por la jurisprudencia que sobre derechos humanos hayan desarrollado los Tribunales Internacionales competentes, quienes son intérpretes legitimados de los derechos incorporados en los Tratados Internacionales (en el caso latinoamericano, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los derechos de la Convención Americana) y por las observaciones y resoluciones (generales o específicas) que organismos internacionales competentes hayan hecho al interpretar el contenido de los derechos en Tratados Internacionales que les compete conocer.

Excepciones preliminares, Fondos, Excepciones y costas, sentencia del 26 de setiembre del 2006, Serie C, Núm. 154, párr. 123.)

⁴⁶⁶ Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: c) Excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno

⁴⁶⁷ HERRERÍAS CUEVAS, I., *El control de constitucionalidad-convencionalidad. Sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007-2012)*, México, Ubijus, 2012.

Respecto a esto hay una cosa importante que aclarar. El conjunto de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad-convencionalidad en los países latinoamericanos varía en el caso de cada Estado. Aunque, de manera general están conformados por casi los mismos derechos y hay uniformidad respecto al contenido de estos, pues la mayoría de Estados conforman los mismos sistemas internacionales de protección de derechos humanos⁴⁶⁸ y enuncian derechos fundamentales en sus cartas constitucionales de forma similar⁴⁶⁹, no se puede tomar por cierta la afirmación que un derecho fundamental en un Estado latinoamericano tiene el mismo contenido que en otro. La razón está en que cada Estado posee particularidades económicas, políticas y sociales que se contemplan al momento de la interpretación constitucional de los derechos por parte de los Tribunales Constitucionales, además que estas particularidades también son contempladas por los Tribunales Internacionales al momento de decidir un caso concreto.⁴⁷⁰

Con respecto a los derechos sociales, este bloque de constitucionalidad-convencionalidad, en casi la generalidad de casos latinoamericanos (incluido el caso peruano), está conformado básicamente por los derechos sociales fundamentales incluidos en la Cartas Constitucionales, los derechos

⁴⁶⁸ 24 de los 35 Estados Americanos son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, aunque dentro de este sistema de protección existen hasta dos niveles: aquellos que han ratificado la Convención pero no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y aquellos que si la reconocen. En este último supuesto se encuentran 21 de los 24 países que forman parte de la CADH el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Veintiún Estados Partes han reconocido la competencia contenciosa de la Corte. Ellos son: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Surinam, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados. Este conforma el máximo nivel de garantía que ofrece el Sistema Interamericano. Por otro lado, son también 21 Estados partes americanos que han ratificado el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ellos son: Argentina, Bahamas, Barbados, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, República Dominicana, Ecuador, El salvador, Guatamala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y Costa Rica. De este grupo, sólo Argentina, Bolivia, Ecuador y El Salvador han ratificado el Protocolo Adicional al Pacto de los Derechos Económicos, sociales y Culturales de 2008, el cual aún no ha entrado en vigencia.

⁴⁶⁹ La enunciación constitucional de derechos sociales fundamentales, en la mayoría de Constituciones latinoamericanas, siguen el mismo ejemplo planteado por el Constitucionalismo social europeo. En sus cartas de derechos reconocen derechos sociales y a la vez, incluyen la cláusula del Estado Social.

⁴⁷⁰ CASCADO TRINDADE, Antonio, *El Derecho internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Ed. Jurídica de Chile, 2001, pp.267-313

implícitos en materia social, los derechos sociales garantizados en el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador de 1988, los derechos sociales garantizados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto de los Derechos económicos, sociales y Culturales de 1966. A estos debe agregarse otras disposiciones en el derecho convencional, cuando esté relacionado con la protección de estos derechos o el derecho consuetudinario internacional, entre los más importantes, los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo.

Cuando se haya otorgado el rango constitucional a los tratados en materia de derechos humanos (como en el caso de la mayoría de países latinoamericanos, como Chile, Colombia, Perú y más recientemente México), todas las normas sobre derechos sociales fundamentales contenidas en estos ordenamientos jurídicos deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas de derecho interno como las fuentes convencionales, según las claves hermenéuticas del Derecho internacional de los Derechos Humanos y sus órganos de aplicación- en el ámbito regional americano, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el ámbito universal por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y el Comité de Expertos y el Comité de Libertad Sindical de la OIT. Por otro lado, también el derecho interno puede ser fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de derechos sociales cuando contiene elementos que le enriquecen, cuando agregan un "plus" al contenido normativo de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos.⁴⁷¹

En definitiva, los derechos sociales fundamentales explícitos están contenidos en el texto constitucional. Este contenido es enriquecido con los

⁴⁷¹ Ver CANCADO, A., "Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales". En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*; I, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2002, pp. 39 y ss.

atributos y garantías de tales derechos contenidos en el DIDH válidamente incorporado y vigente en el derecho nacional, en la medida que según el propio Derecho Internacional son derivaciones de la dignidad o atributos de la persona humana, como sostienen los mismos tratados o convenciones internacionales. A su vez, puede sostenerse la existencia de derechos sociales fundamentales implícitos obtenidos por vía de interpretación sistemática con una correcta justificación constitucional.⁴⁷²

A continuación, se desarrollará de una forma más detallada las obligaciones internacionales del Estado peruano contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos sociales del Sistema Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas así como del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos de la OEA.

3.4. Las obligaciones internacionales del Estado Peruano en materia de derechos sociales en los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos

3.4.1 Las obligaciones internacionales en materia de derechos sociales del Estado Peruano en el Sistema Universal de Derechos Humanos de la ONU

3.4.1.1 Los derechos económicos, sociales y culturales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

⁴⁷² El Tribunal Constitucional Peruano los ha llamado “derecho innominados”. En efecto, la cláusula abierta prevista por el art.3, ubicado en el primer capítulo de la Constitución, permite afirmar que son derechos fundamentales los demás reconocidos por ella así no se encuentren ubicados en el capítulo primero e incluso los derechos implícitos, es decir, aquellos no previstos expresamente.

Teniendo aún presente la terrible experiencia de la Segunda Guerra Mundial, la preocupación fundamental de la Comunidad Internacional fue la de garantizar que no se volviera a repetir un nuevo flagelo mundial y el reconocimiento de derechos fundamentados en la dignidad del ser humano, con alcance universal. Esta se desarrolló en el seno de la recién creada Organización de las Naciones Unidas y originó la elaboración y aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en 1948.⁴⁷³ En efecto, la DUDH constituye un consenso mínimo de valores humanos universales e interculturales para afrontar las amenazas del mundo moderno. Sobre ella, BOBBIO sostiene que representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede considerarse humanamente fundamentado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general sobre su validez⁴⁷⁴. Es así como la DUDH no sólo fundamenta los derechos humanos desde la perspectiva iusnaturalista y positivista sino que además le otorga una fundamentación consensual.

En la discusión respecto a los derechos a ser reconocidos por la DUDH, se constató que el mundo estaba dividido en dos bloques: el primero de ellos, el bloque occidental- liberal y el segundo el bloque socialista. Esta división degeneró en la separación radical de dos “generaciones” de derechos y tuvo serias repercusiones en la desprotección e ineficacia ulterior de los derechos económicos, sociales y culturales. Los países del bloque occidental tenían como objetivo principal la protección de los derechos civiles y políticos, pues eran producto de su tradición jurídica y proceso histórico.⁴⁷⁵ Por otro lado,

⁴⁷³ CASSIN, R., “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal” en A.A.V.V , *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, IJ, 1974, pp. 399-407; CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona. Ariel, 1993, pp. 31-57.

⁴⁷⁴ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Madrid, Ed. Sistema, 1991, p. 129.

⁴⁷⁵ Señala CASSESE que HENDRIX, representante norteamericano en la discusión de la Declaración, perseguía “obtener una declaración que fuera la copia en papel carbón de la Declaración Norteamericana de independencia y de la Declaración Norteamericana de los Derechos del Hombre”. *Ídem*, pp. 42-43.

los países del bloque socialista resaltaron la importancia del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales pues consideraban que eran derechos constantemente vulnerados en las realidades de los países occidentales.⁴⁷⁶ Finalmente, la DUDH de 1948 garantiza tanto los derechos económicos, sociales y culturales como los civiles y políticos⁴⁷⁷. En este sentido, se cristaliza la principal aspiración de la DUDH: la unidad conceptual de los derechos humanos basada en la indivisible dignidad del ser humano.

478

Sostiene René CASSIN, uno de los padres de la DUDH, que ésta contempla cuatro clases diferentes de derechos humanos: 1) derechos y libertades de orden personal, 2) derechos que corresponden al individuo en sus relaciones con el grupo social del que forma parte 3) derechos políticos y 4) derechos que se ejercen en el campo económico y social.⁴⁷⁹ En efecto, los derechos económicos, sociales y culturales en la DUDH se encuentran contenidos entre los art. 22 al 27 donde se reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social (art.22), derecho al trabajo y a un salario equitativo así como el derecho a la libertad de sindicalización (art.23), el derecho al descanso y vacaciones pagadas(art. 24), derecho a la educación (art. 26), y el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad (art. 27). Merece especial atención el art. 25 donde se reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado

⁴⁷⁶ *Ídem.*

⁴⁷⁷ Por eso se reconoce que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en un primer momento, "...constituye un delicado y sano equilibrio entre las diferentes ideologías y concepciones de los derechos humanos y de la sociedad que existían en la época de su redacción." (ORÁA, Y., "La declaración Universal de Derechos Humanos" en GOMES ISA, F., *La protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p. 130.)

⁴⁷⁸ En este contexto se da la primera declaración referente al carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos, en el discurso de ROOSEVELT ante el Congreso norteamericano, el 11 de enero de 1941: "Hemos llegado a una clara comprensión del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica, los hombres necesitados no son hombre libres."

⁴⁷⁹ CASSIN, R., "La déclaration universelle et la mise en ouvre des droits de l'homme" en AAVV., *Recueil des tours de l'academie de Droit international de la Haye*, vol. 79, 1951- II, p. 43.

donde se contienen los derechos a vivienda, salud, alimentación y protección de la familia.⁴⁸⁰

Así, durante las primeras etapas del proceso de transformación de la DUDH en obligaciones estatales vinculantes, se consideró la creación de un Pacto único que contuviera tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, en los debates en torno a la posibilidad de un Pacto único se dieron discrepancias por parte del bloque occidental y el bloque socialista, y se apoyó la elaboración de dos pactos distintos que desarrollaran por una parte, los derechos civiles y políticos y por otro, los derechos económicos, sociales y culturales.

Señala SCOTT que fueron tres los argumentos que se esgrimieron en defensa de la creación de dos Pactos diferentes: 1) argumentos relativos a la naturaleza de las obligaciones y la forma de implementarlas, pues se señalaba que la naturaleza de las obligaciones impuestas por cada grupo de derechos eran opuestas por lo que se requería de distintos métodos de aplicación 2) argumentos de carácter ideológico y político, relacionados con la guerra fría, enfrentando a ambos bloques en la defensa de los derechos que consideraban primordiales⁴⁸¹ 3) argumentos de carácter pragmático, que se centraba en la idea de un mayor número de ratificaciones de los Pactos, pues los países del bloque occidental rechazarían la idea de un pacto que contuviera derechos económicos, sociales y culturales, originando así que la Declaración Universal no sea efectiva ni vinculante⁴⁸².

⁴⁸⁰ Actualmente, este derecho ha cobrado un llamativo interés por parte de los académicos respecto a su garantía y contenido, considerándolo una “llave maestra” para la efectividad de todos los demás derechos sociales prestacionales. (Ver PISARELLO, *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006, 232 pp.)

⁴⁸¹ Hay que señalar que en la defensa de la creación de un pacto único se encontraban algunos países latinoamericanos.

⁴⁸² SCOTT, C., “The interdependence and permeability of Human Rights Norms: Towards a partial fusión of the international Covenants of Human Rights.” *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 27., Ottawa, Canadá, 1989, pp. 794.

Debido a las presiones de ambos bloques, en 1952, la Asamblea General de las Naciones Unidas determina la creación de dos Pactos⁴⁸³, los que posteriormente son aprobados en 1966: El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y el Pacto Internacional de los Derechos económicos, sociales y Culturales (en adelante PIDESC), cerrando toda posibilidad de la creación de un Pacto único que forjara la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y generando el paradigma de las “generaciones” de derechos humanos, colocando a los derechos civiles y políticos por encima de los económicos, sociales y culturales. A pesar de esto, no se puede negar la vital importancia de un PIDESC para el reconocimiento del ser humano como una integridad individual y social, ni que marcó un antes y un después en el proceso de protección jurídica universal de los derechos humanos. Por primera vez se establece un tratado internacional obligatorio para los Estados en la materia que, aún en la actualidad, tiene el respaldo de la comunidad internacional, dando al PIDESC carácter universal.⁴⁸⁴

En principio, el PIDESC reconoció los mismos derechos contemplados en la DUDH. A estos, sumó una serie de nuevos derechos como el derecho a huelga (art.8), el derecho a la alimentación (art. 11) y el derecho a la salud (art.12) los cuales logran su autonomía respecto al derecho a un nivel de vida adecuado ya reconocido en la DUDH. Sin embargo, el PIDESC no sólo se limita a reconocer derechos sino que además crea un órgano vigilante del cumplimiento del Pacto: el Comité de los Derechos económicos, sociales y culturales (Comité DESC), creado por el ECOSOC en 1985.

El Comité DESC fue creado para cumplir con la función de ente supervisor del Pacto que fue encomendado, en principio, al ECOSOC. Este

⁴⁸³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 543 (VI), del 5 de febrero de 1952.

⁴⁸⁴ Al 28 de febrero del 2013, son 160 los Estados Partes del PIDESC. [www.http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en)

procedimiento de control y vigilancia se encuentra contemplado del art. 16 al 25, con especificidad en los art. 16 y 17 del PIDESC. Posteriormente, en la Resolución 1988/4 del ECOSOC, se estableció la obligación de los Estados de presentar informes quinquenales indicando al Comité las medidas adoptadas y los progresos realizados respecto a los derechos tutelados en el Pacto.

Este procedimiento- denominado también “diálogo constructivo⁴⁸⁵”- consiste en un examen al “desarrollo progresivo” de los derechos del Pacto. Aquí, el Comité de DESC analiza los informes recibidos, apoyándose en la opinión informada de los distintos órganos especializados de la ONU. Una vez desarrollado el análisis y con fines funcionales, el Comité de los DESC puede formular preguntas a los Estados-parte para que aclaren algunos puntos de sus informes o expliquen la situación específica de algunos derechos. Posteriormente, el Comité elabora las observaciones finales, a través de las cuales reconoce los aspectos positivos de los informes y resalta los factores que dificultan la aplicación del Pacto, y finaliza realizando recomendaciones dirigidas a mejorar la situación de los DESC que se encuentran, a su parecer, en situación de vulnerabilidad.

Este mecanismo de supervisión del cumplimiento de los derechos del PIDESC ha sido fuertemente criticado porque no supone un método de supervisión efectivo como el sistema de denuncias individuales establecido en el PIDCP, apoyando la idea de los detractores de los DESC quienes sostienen que el cumplimiento de las disposiciones del Pacto queda mayormente a discreción de los Estados. Se espera que con el recientemente aprobado Protocolo Facultativo del Pacto de los DESC la situación se revierta. De todas formas, analizaremos las nuevas posibilidades que ofrece el flamante Protocolo más adelante.

⁴⁸⁵ MILÁ MORENO, J., “El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en GOMEZ ISA, F. (Dir.), *La Protección Internacional...*, *op.cit.*, p. 201.

3.4.1.2 El contenido de las obligaciones del PIDESC desarrolladas en las observaciones generales del Comité de DESC y en las observaciones finales a los informes de los Estados

Como mencionamos antes, una de las características principales de los Tratados en materia de Derechos Humanos es que la interpretación de los derechos en ellos contenidos debe ser realizada al momento de aplicarse a un caso específico, pues estos están redactados de manera enunciativa. Esto significa que su concreción y contenido debe desarrollarse progresivamente y adecuándose a las necesidades humanas en un momento concreto.

En el caso específico del PIDESC, el Comité de los DESC ha realizado la interpretación de los derechos a través de dos vías: 1) a través de las observaciones generales mediante la cual especifican el contenido de alguna disposición del Pacto o un aspecto de los DESC que considerar importante desarrollar 2) a través los observaciones finales de los informes de cada Estado, donde a través del análisis de una situación concretizada en un Estado Parte, desarrolla el contenido de los derechos del Pacto. A continuación, especificaré brevemente el contenido de las obligaciones en materia de DESC contenidas en el Pacto desarrolladas por el Comités DESC a través de estas dos vías.

3.4.1.2.1 La obligación de adoptar medidas y el principio de realización progresiva de los DESC

El Pacto de los DESC reza en su art. 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete *a adoptar medidas*, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

En este sentido, es importante notar que la obligación general del Pacto está contenida en este artículo. El Pacto de los DESC reconoce los derechos pero deja la vía libre a los Estados para la creación interna de las garantías a los derechos y su adecuación a la realidad socio-económica nacionales, siempre y cuando atienda a estos lineamientos generales. De aquí se desprende que el Pacto reconoce que los DESC sólo pueden ser garantizados de forma progresiva, a diferencia del PDCP que impone a los Estados la obligación de respetar y garantizar derechos, exigiéndoles la creación de un recurso efectivo en caso de vulneración⁴⁸⁶. Sin embargo, en opinión del Comité de los DESC, el principio de progresividad no significa que los DESC no sean vinculante o que sus garantías queden a libre discrecionalidad de los Estados, sino que supone flexibilidad al Estado para cumplir con las obligaciones impuestas en el Pacto, adecuándolas a su situación socio-económica interna, limitando exclusivamente las posibilidades de políticas regresivas.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ “La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes”. (COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General N°3, 1990, La índole de las obligaciones de los Estados Parte*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párrafo.9)

⁴⁸⁷ “Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que

La obligación de adopción de medidas está vinculada directamente con el principio de progresividad de los DESC. Esto significa que si bien es cierto que los Estados tienen cierta flexibilidad para la adopción de medidas a fin de garantizar los DESC, siempre tienen que haber adoptado alguna medida y demostrar que se están implementando las garantías de forma progresiva⁴⁸⁸. Por esta razón, el PIDESC exige a los Estados que en sus informes quinquenales señalen cuales son las medidas que han adoptado para mejorar la situación de los DESC. Adicionalmente, el Comité de los DESC ha determinado que el Estado debe demostrar que estas medidas han sido deliberadas, concretas y orientada lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.⁴⁸⁹

Al referirse el Pacto a: “(...) todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” está abriendo el camino para la creatividad estatal ya que le encarga adoptar medidas por todos los medios posibles para el logro de sus fines pero recalca particularmente la importancia de las medidas legislativas. Entiende el Comité DESC que éste es el medio primordial a través del cual se hacen efectivos en el derecho doméstico, los derechos reconocidos en el ámbito internacional.⁴⁹⁰ Sin

priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.” (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General N°3, índole de las obligaciones de los Estados Partes*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párr.1-2 y 9.)

⁴⁸⁸ Señala Cristian Curtis que esto corresponde a dos sentidos complementarios del principio de progresividad en el PIDESC: 1) el sentido de gradualidad y 2) el sentido de progreso, es decir, las medidas adoptadas deben implementarse gradualmente pero en todo momento debe existir un marcado sentido de progreso. (COURTIS, C., *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2006, p.8)

⁴⁸⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General N°3, 1990, La índole de las obligaciones de los Estados Parte*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párrafo.2

⁴⁹⁰ Ver el papel protagónico de la actividad legislativa para la efectividad interna de los derechos humanos y en especial los DESC en ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales*

embargo, reconoce la existencia de otros medios apropiados que pueden ser también bastante efectivos, no limitando las garantías internas de estos derechos exclusivamente a las garantías legislativas. Finalmente, es el Comité de DESC el que evalúa la conveniencia de las medidas, para lo cual se requiere el desarrollo de indicadores objetivos que permitan medir técnica y objetivamente los avances y retrocesos de los Estados en materia de DESC. Estos indicadores constituyen un serio intento de construcción de parámetros objetivos de medición de los avances en materia de DESC en los Estados, aunque adaptándose a sus diversas realidades. En las últimas décadas, estos indicadores han venido siendo desarrollados por los diversos organismos especializados de la ONU.⁴⁹¹

En lo que concierne al tema central de la tesis, la justiciabilidad de los derechos sociales, este ha sido desarrollado ampliamente en las observaciones generales del Comité, desde la perspectiva de la creación de mecanismos para su exigibilidad judicial. Entre los medios adecuados para la efectividad de los DESC, el Comité se ha esforzado en reiteradas oportunidades en resaltar la importancia de los recursos judiciales efectivos⁴⁹². Así, en su Observación General n°9 ha señalado que: “el Comité

como derechos exigibles, op.cit; COURTIS, C. y HAUSER, D., *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos*, México, Ed. Porrúa, 2005; García Ramírez, S., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa, 2007.

⁴⁹¹ En materia de Derechos económicos, sociales y culturales han sido diversos órganos los que han venido desarrollando los indicadores de progresividad de acuerdo a los ámbitos en que son competentes. Por ejemplo, el Programa de Naciones Unidas para el desarrollo ha desarrollado indicadores en el tema de desarrollo humano donde contempla indicadores del derecho a la educación como los años de instrucción o tasas de alfabetización y los gastos en educación, del derecho a la salud con los indicadores de gastos en salud y la tasa de mortalidad infantil o materna entre otros indicadores. <http://hdrstats.undp.org/es/indicadores/default.html>. También la UNICEF ha desarrollado indicadores en sus análisis con respecto a los derechos de los niños y adolescentes, desarrollando indicadores de los DESC como tema transversal a la infancia. http://www.unicef.org/spanish/progressforchildren/2006n4/index_indicators.html. En Latinoamérica destaca el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, OEA/Ser/L/V/II.132, Doc. 14, 2008., También es recomendable analizar las obras de TOMASEVSKI, K., “Indicators”, en EIDE, A., Krause, C., y Rosas, A., *Economics, Social and Cultural rights*, Dordrecht- Boston- Londres, Nijhoff Publishers, 1995, pp. 531-543; EIDE, A., “The use of indicators in the practice of the Comité of economics, social and cultural rights”, en Eide, A., op.cit, pp. 545- 551.

⁴⁹² Por ejemplo, en la observación general n°4, el Comité de los DESC analiza los diversos aspectos que pueden ser exigibles del derecho a la vivienda. COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,

entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales.”⁴⁹³ Y no sólo resalta la importancia de la creación de recursos judiciales efectivos, sino que estos puedan ser invocados para la efectividad de los derechos del Pacto ante los Tribunales jurisdiccionales. Respecto a esto, el Comité de los DESC ha afirmado que “El Estado Parte debería velar por que en la formación judicial se tenga plenamente en cuenta la exigibilidad de los derechos enunciados en el Pacto y adoptar medidas para que se conozca mejor la posibilidad de invocar sus disposiciones ante los tribunales”.⁴⁹⁴

Para identificar las obligaciones estatales que contiene el PIDESC, el Comité ha reconocido en su Observación General n°12 hasta tres niveles obligacionales de aplicación general. A saber, estas son: 1) la obligación de respetar, 2) obligación de proteger y 3) obligación de cumplir los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁹⁵. En primer lugar, la obligación de respetar los DESC refiere a que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de estos derechos. En segundo lugar, la obligación de proteger consiste en que el Estado prevenga acciones contra los DESC por parte de terceros. Finalmente, la obligación de cumplir refiere a la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas o de cualquier otro tipo con la finalidad de darle efectividad a los derechos. Para garantizar los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados pueden adoptar las medidas que consideren pertinentes a fin de cubrir los tres niveles de obligaciones, ya que no contemplarlos en conjunto frente a un derecho social genera incumplimiento.

SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General N°4, El derecho a una vivienda adecuada*, E/1992/23, párrafo 17.

⁴⁹³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General N°9, La aplicación interna del Pacto*, E/C.12/1998/24, párrafo 3.

⁴⁹⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observaciones finales al Estado de Chile*, E/c.12/1/Add.105, Ginebra, 2004, parr.29

⁴⁹⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, *Observación General n°12, El derecho a una alimentación adecuada*, E/C.12/1999/5, Ginebra, Párrafo 15 y *Observación General N°16, La igualdad de derechos del hombre y de la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/c.12/2005/4, Ginebra, párrafo 17.

3.4.1.2.2 La obligación de no retroceso en la protección de los DESC

Vinculado directamente con el principio de progresividad de los DESC, el principio de prohibición de regresividad niega la posibilidad a los Estados de adoptar medidas o políticas regresivas que afecten la esfera de protección del derecho que el Estado ya había implementado⁴⁹⁶. Sin embargo- y en sintonía con la flexibilidad otorgada a los Estados por el principio de progresividad- esta prohibición es *prima facie*.

Para el Comité de los DESC, el Estado deberá demostrar que adoptó una medida regresiva después de considerar todas las alternativas posibles, con referencia a la totalidad de los derechos consagrados en el PIDESC y a las posibilidades sus recursos disponibles.⁴⁹⁷ Así, los observadores evalúan la pertinencia de la medida regresiva, su grado de afectación respecto al derecho afectado y si efectivamente se consideraron medidas alternativas a la restricción. Como las medidas restrictivas se consideran *prima facie* violatorias a los derechos sociales, corresponde al Estado demostrar que la

⁴⁹⁶ Señala Courtis que la prohibición de regresividad es una obligación mínima asumida por el Estado, derivada de la obligación de implementación progresiva de los derechos. “Es la prohibición de adoptar medidas y políticas y, por ende, de sancionar normas jurídicas que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado respectivo o bien en cada mejora progresiva”. COURTIS, C., *Ni un paso..., ob.cit.*, p. 8-9

⁴⁹⁷ “Cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos que se dispone.” (COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N°3, 1990, La índole de las obligaciones de los Estados Parte, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990, párrafo.9)

restricción se ha dado bajo un marco de respeto a las obligaciones del Pacto.⁴⁹⁸

Para ajustar la decisión estatal de restricción de un derecho a la *raison de être* del PIDESC, hay que tener en cuenta ciertas exigencias formales que este último contiene. Así, el art. 4 del PIDESC determina que 1) las limitaciones a los derechos sólo pueden ser determinadas por ley 2) las limitaciones deben ser compatibles con la naturaleza de esos derechos y 3) con el exclusivo objeto de promover el bienestar general de una sociedad democrática. En la práctica, esto da la posibilidad al Comité de analizar en el caso concreto la adecuación de estos tres requisitos formales para determinar si la medida restrictiva es compatible o no con las obligaciones contenidas en el Pacto.

Así, por ejemplo, en las observaciones finales del Comité de los DESC al Estado español en junio del 2012, el Comité consideró que los recortes a los derechos sociales llevados a cabo por el gobierno español a causas de la crisis económica y financiera iniciada en 2008 afectan gravemente el ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, le recomienda que: “las reformas adoptadas sean revisadas en el contexto de la actual crisis económica y financiera para garantizar que todas las medidas de austeridad implementadas mantengan el nivel alcanzado de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, y sean en todos casos temporales, proporcionales y no perjudiciales para los derechos económicos, sociales y culturales”⁴⁹⁹. Además, recuerda al Estado español algo muy importante: que es en época de crisis donde se deben de dar una mayor garantía y protección a los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo de los grupos más desventajados.

⁴⁹⁸ ROSSI, J. “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales” en (COURTIS, C., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p.91.)

⁴⁹⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observaciones Finales: España*, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio 2012, párr. 17

Al respecto, le recomienda “que garantice que todas las medidas de austeridad adoptadas identifiquen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y que tome todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados”⁵⁰⁰. La especial protección de los derechos económicos, sociales y culturales de grupos vulnerables en épocas de crisis económicas ha sido objeto de reiteradas recomendaciones del Comité de los DESC en su actividad interpretativa de los derechos del Pacto⁵⁰¹.

3.4.1.2.3 La obligación del respeto al contenido mínimo esencial de los DESC

El Comité de los DESC define el contenido mínimo esencial como un componente de todo derecho del Pacto. Este constituye una obligación mínima de garantía de, por lo menos, los niveles esenciales de cada uno de los derechos.⁵⁰² En este sentido, si un Estado no cumple con garantizar los niveles mínimos esenciales para la subsistencia de cada uno sus miembros, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del PIDESC.⁵⁰³

Sin embargo, esta obligación no es absoluta y debe ser analizada respecto a los recursos de los que dispone el Estado para garantizar los mínimos esenciales. Ello en virtud del art.2 párrafo 1 del PIDESC, el cual obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de recursos de los que disponga. En efecto, será el Estado el que deberá demostrar que ha

⁵⁰⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observaciones Finales: España*, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio 2012, párr. 8

⁵⁰¹ ROSSI, J., ob.cit., pp. 103-105

⁵⁰² COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general N°3*, ob.cit. p.10

⁵⁰³ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general N°3*, ob.cit. p.10

tratado de cumplir con la obligación de garantizar a la población los mínimos esenciales de subsistencia sin éxito, a pesar de haber agotado sus recursos internos⁵⁰⁴. Consecuentemente, será inadmisibles la inobservancia de esta obligación cuando el Estado cuente con recursos suficientes para ello y no lo haya utilizado para este fin, así como el no cumplimiento de la obligación de vigilar los medios de realización y la elaboración de programas de acción y promoción.⁵⁰⁵

Además, el Comité señaló que al tratarse de niveles mínimos de garantía de los derechos, estos no admiten medidas regresivas. Es decir, las medidas regresivas que afecten los contenidos mínimos de los derechos del Pacto serán siempre ilegítimas⁵⁰⁶. Es importante señalar que el Comité de los DESC considera que la obligación de garantizar un contenido mínimo esencial de los DESC le da a estos derechos una dimensión significativa de justiciabilidad pues considera que, en base a este principio, los Tribunales jurisdiccionales pueden determinar si ha existido violación o no de estos derechos.

Si observamos las obligaciones estudiadas en los puntos precedentes, podremos percatarnos que en cierta medida son abstractas y hasta cierto punto, discrecionales. Por eso, podría constituir cierto problema -aunque nunca una imposibilidad- para los Tribunales jurisdiccionales delimitar la obligación al caso concreto. Este no es el caso de la obligación del contenido mínimo esencial, pues constituye un principio que existe también a nivel constitucional, con el cual los Tribunales nacionales ya están acostumbrados.

⁵⁰⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general N°3*, ob.cit. p.10

⁵⁰⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general N°3*, ob.cit, párr.11

⁵⁰⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general n°14, El derecho al disfrute de nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto del 2000, párr.43 y *Observación General N°15, El derecho al agua*, E/C.12/2002/11, del 29 de noviembre del 2002, párr. 42.

3.4.1.2.4 La obligación de garantizar los DESC de realización inmediata

El Comité de los DESC considera de aplicación inmediata una buena parte de los derechos contenidos en el Pacto, lo cuales han sido calificados como “justiciables”, lo que significa que pueden ser aplicados directamente por los Tribunales domésticos e internacionales. Se trata de derechos que están redactados de una manera distinta a los derechos de realización progresiva pues respecto a ellos, el Pacto señala que los Estados tienen obligación de “garantizar” y “respetar”, de forma similar a la enunciación de las obligaciones en materia de derechos civiles y políticos. Se cuentan entre los derechos de realización inmediata del Pacto al derecho a la libertad sindical y el derecho a huelga, algunos derechos laborales de protección y algunas manifestaciones del derecho a la educación⁵⁰⁷.

Para el Comité, los DESC son de exigibilidad inmediata de la misma forma como lo son los derechos civiles y políticos. La diferencia es que en el caso de los DESC, el grado de exigibilidad variará de un Estado a otro dependiendo de sus propias características socio-económica-culturales. Sin embargo, con referencia a los derechos de aplicación inmediata, el Comité ha señalado que resulta difícil sostener que estas disposiciones inmediatas son intrínsecamente no autoejecutables. Sostiene que aún cuando la totalidad de los derechos contenidos en el Pacto son de aplicación inmediata pues exigen el cumplimiento progresivo de los Estados desde el momento

⁵⁰⁷ Los derechos de realización inmediata contenidos en el PIDESC son: el derecho a la libertad sindical (inc. a,b y c del art.8); el derecho a huelga (inc. d del art.8); a la protección de los menores con énfasis en la prohibición del trabajo infantil (art.10); el derecho de los padres de escoger libremente la escuela de sus hijos (art.13 parr.3); el derecho a la libertad de enseñanza (art.15).

mismo en que se ratificó el tratado, en referencia a estos derechos, su propia naturaleza permite reconocer en ellos eficacia directa.⁵⁰⁸

Un caso excepcional entre los DESC de aplicación inmediata es el caso del derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita, contenida en el art. 13 del PIDESC. Este derecho tiene un desarrollo excepcional en el cuerpo del Pacto pues se le reconoce en el art.13 y en el art.14 donde se le otorga el plazo de dos años a los Estados que no cuenten con educación básica gratuita, contados a partir de la entrada en vigencia del Pacto, para el desarrollo de un Plan de Acción detallado en el que señalen un plazo razonable a fin del cual tendrán garantizado este derecho. La excepcionalidad del derecho a la educación básica y gratuita radica en que no sólo es un derecho de realización inmediata, además el Pacto ha dispuesto un plazo para su realización.

3.4.1.2.5 La obligación de no discriminación en el ejercicio de los DESC

Señala ESPEJO YAZIC que el principio de no discriminación debe ser entendido como una exigencia derivada del principio de igualdad, el que a su vez resulta ser una exigencia de la justicia, la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad. En este sentido, una concepción correcta de la idea de igualdad implica necesariamente una perspectiva amplia de la no discriminación, de tal manera que cualquier sistema político que desee cumplir con las exigencias de la no discriminación, debe acreditar que cumple con las exigencias de la igualdad de la democracia participativa y, al mismo tiempo, la igualdad de la condición o de las expectativas de vida. No

⁵⁰⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general N°3*, párr.5

discriminar significa, en esta perspectiva amplia, aplicar estrictamente el principio de igualdad en las dos dimensiones antes descritas⁵⁰⁹.

Así también ha entendido el principio de no discriminación el Comité de los DESC. Este principio transversal del DIDH merece especial atención en la interpretación y la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. Por esto, el Comité de los DESC ha analizado este principio a la luz de su aplicación concreta, en los casos que ha conocido en sus observaciones a los Estados y en el desarrollo de los derechos objeto de observaciones generales.

En sus observaciones generales, el Comité ha hecho continuas referencias al principio de no discriminación, en referencia al reconocimiento y ejercicio de los derechos del PIDESC⁵¹⁰. La trascendencia de la comprensión de este principio en relación con los DESC llevó al Comité a desarrollar una Observación General especial respecto al tema. En su Observación General N°20 del 2 de julio del 2009, el Comité afirma que la discriminación dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales pues, junto con la igualdad, son componentes fundamentales de las normas internacionales de

⁵⁰⁹ ESPEJO YAZIC, N., “La interpretación amplia de la no discriminación a la luz del principio de igualdad. Un enfoque igualitarista del interés público”, *Conferencia presentada en el Foro contra la Discriminación del Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile, junio de 2000.

⁵¹⁰El Comité examinó la aplicación del principio de la no discriminación a los derechos concretos reconocidos en el Pacto en relación con la vivienda, la alimentación, la educación, la salud, el agua, los derechos de autor, el trabajo y la seguridad social. COMITÉ DE LOS DERECHOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Nos. 4 (1991): El derecho a una vivienda adecuada; 7 (1997): El derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1); 12 (1999): El derecho a una alimentación adecuada; 13 (1999): El derecho a la educación (art. 13); 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12); 15 (2002): El derecho al agua (arts. 11 y 12); 17 (2005): El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15); 18 (2005): El derecho al trabajo (art. 6), y 19 (2008): El derecho a la seguridad social (art. 9). En relación al derecho a la vivienda, el Comité ha señalado que “todas las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del art.2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación. COMITÉ DE LOS DERECHOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N°4, 1991, El derecho a una vivienda adecuada, E/1992/23, párr.6.

derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales⁵¹¹.

Al referirse al alcance de las obligaciones de los Estados con respecto a la no discriminación, el Comité afirma que es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto⁵¹². Determina que tanto la discriminación formal como la discriminación sustantiva están prohibidas mientras que incentiva la discriminación positiva, de manera temporal o permanente, cuando suponga una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación *de facto* y se deje de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible⁵¹³. Además identifica dos formas de discriminación: 1) la directa, cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación y la 2) indirecta, que hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación⁵¹⁴.

Es decir, prohíbe la discriminación en la esfera privada, exhortando a los Estados a aprobar medidas, incluidas leyes, para velar por que los individuos y entidades no apliquen los motivos prohibidos de discriminación en la esfera privada, así como condena la discriminación sistemática. Además, legitima la diferencia de trato siempre que no se fundamente en un motivo prohibido de discriminación y que exista una causa razonable y objetiva para dispensarse. Finalmente, enumera y explica detalladamente cada motivo de prohibición⁵¹⁵.

⁵¹¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICO, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general n°20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20, Ginebra, 2 de julio 2009, párr. 1 y 2.

⁵¹² COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general n°20, párr. 7

⁵¹³ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general n°20, párr. 8 y 9

⁵¹⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general n°20, párr. 10

⁵¹⁵ En el artículo 2.2 se enumeran como motivos prohibidos de discriminación "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición

El Comité también se manifiesta respecto a la importancia de la no discriminación al analizar los casos concretos de los Estados Parte. Por ejemplo, en sus observaciones finales sobre España, del 6 de junio del 2012, llama la atención al Estado respecto a la discriminación de la que son objeto dos grupos vulnerables 1) los inmigrantes y los gitanos y 2) las mujeres. Afirma el Comité que los inmigrantes y los gitanos son objeto de discriminación en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular en lo que respecta al empleo, la vivienda, la salud y la educación; así como víctimas de actitudes hostiles e intolerantes, inclusive por parte de los agentes de la fuerza pública. En ejercicio de sus facultades, insta al Estado español a incrementar las medidas adoptadas para erradicar la discriminación que sufre la población inmigrante y los gitanos, así como sancionar todo tipo de práctica discriminatoria⁵¹⁶.

En el caso de la mujer, el Comité señala que persisten ciertos estereotipos de género que impiden que las mujeres disfruten, en igualdad de condiciones con respecto a los hombres, del derecho al trabajo, esto se observa: en la menor representación de mujeres en cargos decisorios públicos y privados y en la diferencia salarial. Sobre este punto, el Comité recomienda al Estado redoblar sus esfuerzos por combatir los estereotipos de género en la familia y en la sociedad, inclusive promoviendo la igual representación de hombres y mujeres en los cargos decisorios de los sectores público y privado⁵¹⁷.

económica, el nacimiento o cualquier otra condición social". La inclusión de "cualquier otra condición social" indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría. En la observación general n°20 se enlistan en esta sub-categoría: la discapacidad, edad, nacionalidad, Estado civil y situación familiar, orientación sexual, Estado de salud, lugar de residencia y situación económica y social.

⁵¹⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observaciones Finales: España, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio 2012, párr. 11

⁵¹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observaciones Finales: España, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio 2012, párr. 1

3.4.1.2.6 La obligación de observar los lineamientos desarrollados por el Comité DESC en el desarrollo de políticas económicas para su realización

Una cuestión relevante en el DIDH es que el diseño de mecanismos de garantía de los derechos humanos es competencia, en principio, de cada Estado Parte. Esto a partir de la lógica que es el Estado es conoce sus propias capacidades y limitaciones: sistema político, social y económico. Consecuentemente, es él quien tiene el mayor conocimiento de su realidad y de las necesidades de su población. En virtud de los factores internos que lo caracterizan, el Estado deberá diseñar los mecanismos adecuados para garantizar el goce y disfrute de los derechos humanos reconocidos en el plano internacional. Es debido al principio de subsidiariedad del derecho internacional, que el Comité de los DESC reconoce el derecho soberano de los Estados a decidir sobre sus asuntos internos. Sin embargo, exige que se observen ciertas directrices contenidas en el PIDESC que, en cierta medida, limitan la libertad para diseñar los medios que el Estado considere convenientes para la finalidad suprema de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

El Comité de los DESC ha afirmado que su único interés es el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales, independientemente del sistema político o económico que manejen los Estados partes. Así, afirma que no tiene preferencia por ningún sistema, siempre y cuando cumpla con el respeto y la garantía de los derechos humanos de la población.⁵¹⁸ Sea cual sea el sistema político o económico que elija desarrollar el Estado, éste debe garantizar, con la misma preocupación, tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, así como los contemplados en

⁵¹⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general n°3, p.7

otros instrumentos internacionales. No obstante lo anterior, afirma que debe prestarse especial atención al derecho al desarrollo.⁵¹⁹

Lo cierto es que, a pesar de todo este panorama garantista que nos describe el PIDESC y las observaciones del Comité, la realidad es completamente distinta. Y lo dicho se evidencia en la historia de los derechos humanos en el derecho interno de los Estados. Un claro ejemplo de la situación descrita es la actual situación de los derechos sociales ante la crisis económica mundial que inició en 2008. En este sentido, no es extraño encontrar en la prensa diaria que a raíz de los recortes en el presupuesto anual de los países, debido a la crisis, muchos Estados europeos y latinoamericanos han recortado, suspendido e incluso cancelado políticas públicas destinadas a garantizar derechos sociales como el derecho a la salud, la educación o el derecho a la seguridad social. Tal es el caso de países como España, Portugal y Grecia, que han dado importantes pasos regresivos respecto al diseño de políticas sociales y económicas para el desarrollo de los derechos humanos, en general, y los sociales, en particular⁵²⁰.

Otra agravante de esta situación, como lo habíamos ya comentado al tratar el tema de los derechos sociales en el Estado social de Derecho, es que en la últimas décadas los Estados han ido perdiendo progresivamente su

⁵¹⁹ “El Comité observa que el compromiso de “adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laissez-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico. A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. El Comité también señala la pertinencia a este respecto de otros derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo.” (COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general N°3, párr. 8.)

⁵²⁰ El caso de estos tres países europeos es dramático y hasta la fecha, su futuro económico es incierto. Los datos obtenidos hasta el día de hoy son desesperanzadores. La crisis económica ha originado impactantes revueltas sociales y aún así, por ejemplo, el día 06 de junio del 2013, España anunciaba los recortes de hasta el 6% anual de las pensiones de los jubilados.

capacidad decisoria en sus asuntos internos, y en mayor medida en materia política, económica y social, a favor de grupos de poder económicos y de los organismos financieros internacionales, afectando el principio democrático.⁵²¹

Además, no sólo los organismos financieros internacionales han sometido la capacidad decisoria de los Estados en materia de política económica y social sino que además el proceso de integración económico a nivel mundial determina “nuevas reglas de juego” interestatales a través de los Tratados de Libre Comercio (TLC) los cuales constituyen acuerdos de flexibilización normativa en los flujos de bienes y servicios. Sin menospreciar las significativas ventajas a nivel macroeconómico que ha significado una creciente inversión extranjera en países subdesarrollados (como el llamativo caso latinoamericano, con grandiosos ejemplos como Perú y Panamá), lo cierto es que en mayor o menor medida, en la letra de los TLC, los derechos económicos, sociales y culturales de la población son también “flexibilizados”.

Básicamente nos referimos a la práctica generalizada en los TLC entre Estados de proteger las inversiones extranjeras de eventuales medidas internas que puedan afectar sus intereses. Esto implica que si el Estado adopta alguna medida para proteger a la población de los efectos negativos del ejercicio de estos inversores y esta medida “afecta sus intereses económicos”, el inversor podrá impugnar estas medidas ante Tribunales Arbitrales internacionales. Un ejemplo evidente de lo descrito lo constituye el caso *Metalclad Corporation contra Estados Unidos Mexicanos* en el cual la

⁵²¹ Al respecto, sostiene ARA PINILLA que “Las decisiones de mayor fuerza se toman ahora fuera del proceso político, sobre la base de vínculos y de relaciones que podríamos considerar no oficiales, a través de una multiplicidad de Pactos y de compromisos entre grupos industriales y empresas supranacionales que llegan a oprimir la expresión parlamentaria, desvirtuando la vieja tesis de la soberanía nacional.” ARA PINILLA, *Las transformaciones...*, op.cit, p.123. Respecto a la afectación del principio democrático, afirma DE VEGA: “(...) parte de la lógica de la globalización que, en un mundo donde el Estado todavía no ha desaparecido y continúa siendo el único referente de la actividad política, la ausencia cada vez más notoria del principio democrático como criterio justificador de su estructura, haga necesaria la apelación al principio liberal como supremo y definitivo supuesto de legitimidad.” DE VEGA, P., “Mundialización y Derecho Constitucional: para una palíngenesia de la realidad constitucional” en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. En conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador florentino Donato Gianotti*, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 1544.

empresa estadounidense obtuvo un laudo arbitral a favor y una cuantiosa indemnización por habersele negado el permiso para operar su establecimiento de eliminación de desechos como medida ambiental en base al Tratado de Libre Comercio de las Américas, suscrito por Estados Unidos, Canadá y México en 1994.⁵²² Evidentemente, esto constituye un grave detrimento contra el Estado a favor de las inversiones extranjeras pero sobre todo, constituye un grave impedimento para el desarrollo progresivo de los DESC, los cuales no encuentran respeto y garantía en este Estado sometido por intereses económicos de particulares.

También desde la perspectiva de flexibilización de la normativa interna para crear un mercado más “atractivo” a las inversiones, en oportunidad al Informe sobre México del año 1999, el Comité de los DESC se manifestó sobre las políticas de privatización de los servicios básicos que emprenden los Estados cuando éstas afecten el ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto. En aquella oportunidad, el Comité se refirió a la política de privatización del régimen de la seguridad social y recordó que ante la preeminencia cada vez mayor que adquiere el libre mercado, los Estados deben intervenir pues siempre habrá casos en que el libre mercado produzca resultados pocos satisfactorios para la población y, en dichas circunstancias, incumbe a los gobiernos intervenir y tomar medidas apropiadas para moderar, suplementar, contrarrestar o superar los resultados de las fuerzas de mercado.⁵²³

Resultar un mercado “atractivo” para la inversión extranjera y garantizar derechos económicos, sociales y culturales parecen no ser compatibles. Sin embargo los Estados, en opinión del Comité de los DESC, no pueden dejar de incumplir las obligaciones adquiridas en el Pacto, por lo cual es de su entera responsabilidad crear fórmulas de compatibilidad si quiere seguir siendo “atractivo”, sin afectar los derechos sociales de la población.

⁵²² CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, CASO METALCLAD CORPORATION VS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Laudo arbitral, sentencia del 30 de agosto de 2000, párr. 111.

⁵²³ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N°5 . Personas con discapacidad, E/1995/22, Ginebra, 9 de diciembre de 1994, párr..11.

Con la intención de garantizar los DESC ante el nuevo orden mundial y ante la actual crisis económica que ha desarmado a los Estados y que pone en peligro la subsistencia de millones de personas alrededor del mundo, se han levantado ya voces que exigen un cambio estructural profundo de las instituciones de *Bretton- Woods*, además de la elaboración de programas de ajuste estructural con conciencia social, la cancelación de la deuda externa a los países pobres, mayor ayuda al desarrollo para la superación de la pobreza y hasta la modificación del actual modelo económico mundial para superar los imbatibles niveles de desigualdad en el mundo.

Con referencia al papel de las instituciones de *Bretton- Wood* en la determinación de los Estados con respecto a las políticas públicas, ha manifestado el Comité DESC que, en las negociaciones con los organismos financieros internacionales se deben privilegiar los derechos humanos de los habitantes por sobre otras consideraciones.⁵²⁴ En todo caso, es importante mencionar que el mismo Comité ha manifestado en reiteradas ocasiones que los Estados incurren en violación del PIDESC cuando no tienen en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales en esta materia al concertar acuerdos con otros Estados o con organizaciones internacionales.⁵²⁵

Como consideración final debemos mencionar el tema de ayuda al desarrollo, que en el contexto de crisis de los DESC en el actual momento histórico, se constituye como uno de los temas más discutibles de la política internacional. Ya Thomas POGGE ha tratado sobre la responsabilidad ética internacional de los Estados desarrollados con respecto a los Estados pobres y la obligación jurídica y moral que tienen estos de colaborar con la superación de la brecha de desigualdad y pobreza en el mundo, debido a que, en gran medida, el desarrollo de los Estados ricos se debe a la

⁵²⁴ COMITÉS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observaciones Finales. Zambia, E/C.12/I/Add. 106, Ginebra, 23 de junio de 2005, párr. 36.

⁵²⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N°12. *El Derecho a una alimentación adecuada*, E/c.12/1999/5, Ginebra, 12 de mayo de 1999, párr.19

explotación de los Estados pobres⁵²⁶. A pesar de los que podemos imaginar, la exigencia de la cooperación internacional de los Estados desarrollados no es una idea nueva. Esta viene siendo desarrollada desde 1969, cuando el *Informe sobre Desarrollo Internacional* del Banco Mundial propuso que los países ricos debían asignar el 0,7% de su PBI al desarrollo mundial. Un año después, la propuesta es refrendada⁵²⁷ por la Asamblea General de ONU. Sin embargo, al día de hoy, se viene considerando a la cooperación internacional como un manifiesto de caridad de los países ricos respecto a los Estados pobres.

En reiteradas oportunidades, las instituciones internacionales encargadas de verificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de desarrollo social han manifestado la importancia de la ayuda internacional para el desarrollo en la satisfacción de las necesidades vitales de la población de los países más pobres que en muchos casos, no sería posible que los Estados pobres las puedan sufragar sin la cooperación de los países desarrollados.⁵²⁸ También especialistas en la materia han recalcado que esta no es exclusivamente una obligación moral de los Estados, sino que es jurídica y que constituye *ius cogens* internacional, al encontrarse establecida en la Carta Constitutiva de la ONU de 1948. Íntimamente relacionado con el capítulo sobre cooperación internacional de la Carta de la ONU, el PIDESC en el art.2 establece que “Cada uno de los Estados en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas tanto por separado como mediante asistencia y cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas (...)” Sobre esto, el Comité de los DESC ha manifestado que “De acuerdo con los art. 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, con principios bien establecidos del Derecho Internacional y con las disposiciones del propio Pacto, la Cooperación Internacional para el desarrollo y, por tanto, para la

⁵²⁶ POGGE, T., *Hacer justicia a la humanidad*, México, FCE-UNAM, 2008, p.46

⁵²⁷ ASAMBLE GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Res. 2626 (XXV), 24 de octubre de 1970.

⁵²⁸ Sobre el tema se ha manifestado la PNUD en el Informe sobre Desarrollo Humano de 2005. PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, Informe sobre Desarrollo Humano 2005, pp. 83.

efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados”.⁵²⁹

En definitiva, consideramos que es sumamente importante tomar en cuenta estas directrices del Comité de los PIDESC en el diseño de un nuevo orden económico y social a fin de que los esfuerzos de potenciar los derechos sociales resulten exitosos.

3.3.1.3 *Los mecanismos supervisores de las obligaciones emanadas del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

Señala FERNANDEZ DE CASADEVANTE que en el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, existen hasta siete mecanismos de supervisión y protección de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales en la materia. Estos son: 1) el mecanismo de informes periódicos 2) la denuncia interestatal 3) la denuncia individual 4) la investigación de oficio 5) alerta temprana 6) la acción urgente y 7) las visitas *in locus*. Estos mecanismos se encuentran contemplados en los distintos tratados de derechos humanos y pueden actuar de manera conjunta⁵³⁰. A fines de esta investigación, se analizarán sólo los tres primeros mecanismos, por ser los contemplados para la supervisión de las obligaciones estatales emanadas del PIDESC. Posteriormente, se analizará también la investigación de oficio, mecanismo recientemente introducido en el recientemente adoptado Protocolo Facultativo del PIDESC en 2008.

⁵²⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N°3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes, E/1991/23, 14 de Diciembre de 1990, párr.14.

⁵³⁰ FERNANDEZ DE CASADEVANTE, C., *Derecho Internacional...*, op.cit., p. 58.

En primer lugar, el sistema de informes consiste en la presentación de informes periódicos sobre las medidas adoptadas y el progreso realizado respecto a los derechos reconocidos en un tratado. En el caso del PIDESC, se trata de informes con una periodicidad quinquenal. Las ventajas del mecanismo son vistas principalmente desde dos perspectivas. Desde la primera perspectiva, los informes sirven para el acopio de información sobre la situación de los derechos, pero no implica necesariamente una evaluación de su situación específica. En todo caso, su importancia radica en la asistencia y asesoramiento que los órganos técnicos suministran a los Estados. Estos esfuerzos están dirigidos principalmente a evitar que se vuelvan a repetir violaciones de derechos más que a condenar las que ya se han producido. Desde la segunda perspectiva, se asume- cada vez con mayor insistencia- que el sistema de informes- con todas sus deficiencias- es el mecanismo idóneo el cual tiene la función de medir el nivel de satisfacción y cumplimiento de las obligaciones de los Estados con relación a los derechos del PIDESC⁵³¹. Es esta segunda perspectiva la que ha cobrado más fuerza en los últimos años.

La eficacia de las observaciones finales radica en la publicidad estatal que recibe el Estado con relación al cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Si bien las observaciones finales del Comité no tienen carácter vinculante ni coercitivo, en la medida en que las críticas sobre determinadas cuestiones de vulneración de derechos humanos sean publicitadas, los gobiernos intentan no aparecer como violadores de derechos ante la comunidad internacional y sus propios ciudadanos. He aquí la importancia de los informes de los órganos supervisores de derechos humanos y que estos sean conocidos por la comunidad. En este sentido,

⁵³¹ Sobre la importancia creciente de los sistemas de informes, ver GARCÍA MORALES, A., *La justiciabilidad de los derechos económicos seriales y culturales (DESC)*, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 2003, pp.73-74; VILLAN DURAN, C, "La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España", en AA.W., *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. II, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, p.30.

juegan un rol muy importante las ONG por la comunicación directa que suelen tener con los ciudadanos y el conocimiento profundo que suelen tener sobre la problemática específica de los derechos. Por otro lado, estas ONG participan en el debate mismo de los comités, entregando, en algunos casos, informes alternativos (o los también conocidos informes-sombra) a los que elaboran los gobiernos, lo que permite que los Comités cuenten con una mayor información al momento de determinar el estado de los derechos en cuestión.

En segundo lugar, el mecanismo de denuncia interestatal consiste en la denuncia hecha por un Estado parte al órgano supervisor del tratado contra otro Estado parte. Este procedimiento se encuentra asegurado a todo Estado parte que lo haya aceptado también contra sí. Su finalidad no es reconocer violaciones de derechos humanos, sino lograr un “arreglo amistoso” o una solución conciliatoria que se acomode a los intereses de los Estados enfrentados. Según datos proporcionados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el mecanismo de denuncia interestatal hasta ahora no ha sido recurrido debido a que los Estados no lo consideran políticamente correcto en el marco de sus relaciones diplomáticas tradicionales⁵³².

El tercer mecanismo de supervisión de las obligaciones emanadas en tratados internacionales de derechos humanos es el procedimiento de quejas o comunicaciones individuales que, a decir de la generalidad de la doctrina, constituyen el sistema más efectivo para exigir su cumplimiento. Este mecanismo permite asegurar a las víctimas de violación de derechos humanos el acceso a un proceso cuasi-jurisdiccional para impedir, alejar o

⁵³² VILLAN DURAN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, p. 438-439.

reparar el daño. Implica, además, el reconocimiento de la subjetividad internacional activa del individuo⁵³³.

Al respecto, señala el Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU que: "Pese a que las decisiones adoptadas por los órganos creados en virtud de tratados en este contexto no son jurídicamente vinculantes, los procedimientos de queja a disposición de los particulares a menudo ayudan a las víctimas. La suma de decisiones relativas a los diversos casos forman un cuerpo de jurisprudencia sobre la interpretación y la aplicación de los tratados de derechos humanos, al cual hacen referencia con asidua los tribunales nacionales y regionales." Es decir, estas decisiones constituyen el desarrollo normativo de los derechos reconocidos en el PIDESC.⁵³⁴

En lo referido a la eficacia y cumplimiento de las comunicaciones individuales por parte de los Estados, en la Décima reunión de los Comités de la ONU- del 2 de diciembre de 2009- los representantes de los Comités recomendaron que las decisiones y los dictámenes relativos a las comunicaciones individuales sean publicadas de forma periódica y sistemática y que se difundieran ampliamente. Esto con el objeto de promover la participación de las instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil para que alienten a los Estados Parte a aplicar las decisiones y los dictámenes de los órganos del tratado.⁵³⁵

Desde la entrada en vigencia del PIDESC fue evidente la desventaja del mecanismo de informes quinquenales, en comparación del mecanismo de protección establecido para el PIDCP, el cual tiene un mecanismo de quejas

⁵³³ En términos de CASSESE, la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional individual está constituida por "procedural rights ensure to the benefit of individuals, not however vis-à-vis all States, but only towards the group of States that have concluded treaties, or the international organizations that adopted envisaging such rights". (CASSESE, A., *International Law*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, P.50.)

⁵³⁴ ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, HRI/MC/2006/ P.7.

⁵³⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Décima Reunión de los Comités de Derechos Humanos*, A/65/190, P. 18.

establecido en su Primer Protocolo Facultativo⁵³⁶, cuya jurisprudencia ha sido muy relevante incluso para lograr modificaciones legislativas en el plano interno de los Estados. Esta situación ha sido revertida a partir de la creación del Protocolo Facultativo del PIDESC en 2008. Aquí, se contempla la posibilidad de interponer denuncias individuales y colectivas contra los Estados por desconocimiento o violación de los DESC. Además, se contempló también el mecanismo de investigación de oficio.

3.4.1.4 La exigibilidad de los DESC en el Sistema Universal: El cambio de paradigma del recientemente adoptado Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC) de 2008

La necesidad de creación de un Protocolo Facultativo para la efectividad del PIDESC se hizo evidente desde la entrada en vigencia de dicho instrumento jurídico internacional. Dentro del marco institucional de la ONU, en la Proclamación de Teherán de 1968, se reaccionó ante la fragmentación de los derechos humanos, reafirmando la necesidad de materialización de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de estos⁵³⁷. Por ello, desde finales de la década de los 70 se empezó a discutir sobre la necesidad de diseñar mecanismos de exigibilidad judicial para los derechos reconocidos en el PIDESC, parangonables a los mecanismos reconocidos para los derechos civiles y políticos en el PF-PIDCP. Sin embargo, debido al contexto socio-

⁵³⁶ El primer Protocolo Facultativo al PIDCP fue adoptado el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁵³⁷ PROCLAMACIÓN DE TEHERÁN, Adoptada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968, A/CONF./32/41, Aprobada por la Asamblea General de ONU por Res. 2442 (XXIII) el 19 de diciembre de 1968.

político global de la época, no fue hasta los años 90 cuando la Comunidad Internacional dio pasos decisivos para la adopción de un Protocolo Facultativos para el PIDESC.

En 1992, Danilo Türk - quien era el Relator Especial de la Subcomisión de la Lucha contra las medidas discriminatorias y de la protección de las minorías- recomendó- en un informe sobre la realización de los DESC- la adopción de un Protocolo Facultativo para su efectividad. Un año después, en la Conferencia sobre Derechos Humanos celebrada en Viena de 1993, se hizo un llamado a la Comisión de Derechos Humanos para que, junto al Comité de los DESC, dieran inicio a las acciones para que el Protocolo Facultativo del PIDESC fuera una realidad.⁵³⁸ Finalmente, en 1996, el Comité DESC aprobó un primer proyecto de Protocolo Facultativo. Como señala el procedimiento internacional para la creación de Tratados Internacionales en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, este primigenio proyecto fue sometido a la aprobación de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y posteriormente, se solicitó al Secretario General de la Organización para que diera inicio al debate entre los Estados Partes y las ONG interesadas en participar.

Empero, no fue hasta el 2003 cuando empezó el debate de forma seria sobre el Proyecto de Protocolo Facultativo. El Comité de Derechos Humanos, en su sesión n°59, creó un Grupo de Trabajo de composición abierta para la discusión de los aspectos que abarcaría el PF-PIDESC. Éste grupo de trabajo realizó tres sesiones anuales donde se discutieron diversas cuestiones relacionadas al Proyecto. Posteriormente, se realizaron otras dos sesiones en el marco del recientemente creado Consejo de Derechos Humanos de ONU cuyas funciones dieron inicio oficialmente el 18 de junio del 2007.⁵³⁹ En este debate se contó con la participación de diversos actores

⁵³⁸ DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCIÓN DE VIENA, Adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena el 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, Aprobada por la Asamblea General de ONU POR Res. 48/121 de 1994.

⁵³⁹ El Consejo de Derechos Humanos de ONU fue creado por la Asamblea General de la ONU el 15 de marzo de 2006 con el objeto de considerar las violaciones de derechos humanos y hacer

gubernamentales y de la sociedad civil. Así, se contó a delegaciones gubernamentales, miembros de algunos Comités de derechos humanos, Relatores Especiales, representantes de organismos especializados de las Naciones Unidas y ONG'S.

Finalmente, en el seno del Consejo de Derechos Humanos de ONU, la versión final del proyecto de PF-PIDESC fue aprobado por la Asamblea General de ONU en su sexagésimo tercer periodo de sesiones celebrado el 10 de diciembre del 2008⁵⁴⁰. El proceso de firmas y ratificaciones por parte de los Estados comenzó el 24 de setiembre de 2009. Con la firma número 10, el PF-PIDESC, como resultado de un arduo trabajo de defensa de la justiciabilidad de los DESC, entró en vigencia el 5 de mayo del 2013.⁵⁴¹

Así, el PF- PIDESC se convierte en el instrumento jurídico-procesal del Pacto. Como todos los tratados referidos a derechos humanos, encuentra su fundamento en los principios de dignidad humana y de igualdad formal y sustancial. Además reafirma los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos y libertades fundamentales destacando la idea que no puede realizarse el ideal del ser humano a menos que se creen las condiciones que permitan a cada persona disfrutar de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

Entre los logros más destacables del PF-PIDESC está el de establecer un mecanismo de denuncia cuasi-jurisdiccional internacional para las personas cuyos DESC hayan sido violados y no hayan encontrado justicia en sus propios Estados. El desarrollo de esta figura constituye un gran avance hacia

recomendaciones al respecto. El Consejo de Derechos Humanos sustituyó a la antigua Comisión de Derechos Humanos y comenzó a sesionar el 18 de junio de 2007. (ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, A/RES/60/251 del 3 de abril de 2006)

⁵⁴⁰ ASAMBLEA GENERAL DE ONU, RES. A/RES/63/117 del 10 de diciembre del 2008.

⁵⁴¹ Argentina, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, España, Mongolia, Portugal y Uruguay son los Estados que han ratificado el PF-PIDESC. Los otros 22 países que los han firmado pero no lo han ratificado son: Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Costa Rica, Eslovenia, Finlandia, Francia, Gabón, Ghana, Guatemala, Guinea Bissau, Irlanda, Islas Salomón, Italia, Kazajistan, Luxemburgo, Madagascar, Maldivas, Mali, Montenegro, Países Bajos, Paraguay, República del Congo, Senegal, Timor Oriental, Togo, Ucrania y Venezuela.

el establecimiento de garantías jurisdiccionales de los DESC en el plano internacional.

Los analistas internacionales, al analizar sobre las figuras introducidas en el PF-PIDESC, centran sus análisis más que nada en la comparación de la protección que el PF otorga a los DESC en comparación de la protección que otorga el PF-PIDCP a los derechos civiles y políticos. Es cierto que al inicio de los debates sobre la protección procesal del PF-PIDESC se tomó en cuenta la idea de que, en base a los principios de indivisibilidad e interdependencia, éste debía otorgar la misma protección que otorga actualmente en PF-PIDCP. Sin embargo, consideramos mezquina esta comparación pues no se puede perder de vista que, aun cuando compartimos la idea de la indivisibilidad de derechos, ésta no exige que los derechos hayan desarrollado, en el devenir histórico, ciertas particularidades que deben tenerse en cuenta al momento del diseño de mecanismos de protección. Por ello, aquí se analizarán los aspectos sustanciales introducidos en el PF-PIDESC para la protección cuasi-jurisdiccional de los DESC a nivel internacional. Los aspectos procesales serán mencionados someramente, por no ser de gran importancia para nuestro objeto de estudio.

Hemos de considerar en este análisis que el PF-PIDESC fue creado con la intención de otorgar a los DESC las mismas garantías reconocidas en el PF-PIDCP para los derechos civiles y políticos. Es evidente entonces que la intención inicial fue la de mayor garantía y protección que el Sistema Universal de Derechos Humanos pueda otorgar a este grupo de derechos. Sin embargo, durante las negociaciones, la intención inicial fue cediendo hacia una con menor garantía, a fin de que un mayor grupo de países ratificaran el PF-PIDESC y existiera un marco mínimo de protección internacional de estos derechos.

Como lo hemos señalado, además del mecanismo de protección de informes quinquenales establecido en el PIDESC, el PF-PIDESC establece otros mecanismos de protección que buscan reforzar el sistema de vigilancia del

cumplimiento de las obligaciones del Pacto. Estos mecanismos son: a) el procedimiento de comunicaciones individuales b) el procedimiento de comunicaciones interestatales y c) el procedimiento de investigaciones graves y sistemáticas. Entre estos mecanismos de protección, el más destacado es el de comunicaciones individuales, que permite a las personas y grupos acceder a la protección cuasi-jurisdiccional que otorga en Comité DESC.

El mecanismo de comunicaciones individuales se encuentra establecido en el art.2 del PF-PIDESC. Aquí se le reconoce el *ius standi* a personas y grupos en un procedimiento internacional de carácter cuasi- jurisdiccional para la tutela de los DESC. A través de él, las personas y grupos podrán reclamar ante el Comité DESC, reparaciones para violaciones específicas de los derechos contenidos en el PIDESC. La posibilidad de examinar situaciones concretas de violaciones de DESC permitirá concretizar los derechos del Pacto lo cual, a su vez, permitirá avanzar hacia la elaboración de una importante jurisprudencia internacional en esta materia. Evidentemente, esto implica una mayor precisión de las disposiciones del PIDESC.

Adicionalmente, los pronunciamientos del Comité de los DESC en los casos que lleguen a su conocimiento influirán en la existencia de una mayor jurisprudencia en el ámbito doméstico. Esto significa que el contenido de los DESC desarrollado por el Comité dota de contenido a los derechos reconocidos constitucionalmente en los Estados Partes del PIDESC. Así, los Tribunales internos se encuentran obligados a retomar esta jurisprudencia al resolver los casos que conocen.

En lo que respecta al contenido material sobre el cual tiene competencia el Comité, el art. 2 citado ha adoptado un enfoque integral de protección de derechos lo cual significa que pueden ser objetos de comunicación individual todos los derechos contenidos en el PIDESC, con excepción del derecho a la autodeterminación.

Esta solución fue fruto de una ardua discusión en el seno del Grupo de Trabajo donde se confrontaron las posiciones que defendían este enfoque frente a los que proponían un enfoque “limitado” de derechos. Este último enfoque suponía un modelo “a la carta” donde se suponía que cada Estado tendría la posibilidad de elegir discrecionalmente qué derechos quedarían dentro o fuera de la competencia material del Comité, a través de una declaración hecha al momento de la ratificación del instrumento. Evidentemente, esto significaría distintos niveles de protección de los DESC por parte del Comité, dependiendo del número de derechos del cual sería competente en cada Estado Parte. Finalmente, se optó por establecer un paralelismo de protección material con referencial al PF-PIDCP, un enfoque abarcador a todos los derechos reconocidos en el Pacto. Con esta elección, se reforzaron los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos.

También el art. 2 establece la legitimación activa para la presentación de las comunicaciones. La cuestión consiste en definir quién tiene legitimidad procesal (*locus standi*) para presentar una comunicación ante el Comité. Aquí cabe hacer mención que el principio más importante en materia de legitimación es la de permitir a las víctimas la participación directa en la presentación de su caso. El principio que guía la redacción del PF-PIDESC es el de colocar a las víctimas de violaciones de DESC al menos en la misma posición de reclamo que las víctimas de violaciones de otros derechos humanos ya protegidos a través del mecanismo de comunicaciones.⁵⁴² Por ello, el PF-PIDESC establece en el art. 2 que se encuentran legitimados para la presentación de comunicaciones las personas o grupo de personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que hayan visto violados cualquiera de los derechos consagrados en el PIDESC. Además, permite empoderar a terceros para la presentación de casos en su nombre, de

⁵⁴² INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2008*, San José, IIDH, 2009, p. 48.

acuerdo con los principios tradicionales de la representación voluntario o consensual. Finalmente, y acorde con los Tratados más recientes en la materia, también se permite presentar quejas en nombre de la(s) víctima(s) aún sin el consentimiento de los afectados, cuando existan circunstancias que justifiquen dicho actuar.

Para la admisibilidad de las comunicaciones individuales, el PF-PIDESC plantea requisitos de admisibilidad como un medio para evitar el uso abusivo del procedimiento, colisión o antinomias. Así, El PF-PIDESC repite los criterios ya establecidos para la admisibilidad de comunicaciones en otros procedimientos del Sistema Universal, como los establecidos en el PF-PIDCP.

Sin embargo, innova en algunos elementos procesales como los establecidos en el inciso a del segundo párrafo del art. 3 y el establecido en el art.4. De esta forma, para que una comunicación ante el Comité DESC sea considerada admisible se requiere el agotamiento de los recursos internos, con excepción de que la tramitación interna de estos recursos se prolongue injustificadamente (art.3 inc.1). Además, se requiere la presentación de la comunicación en un plazo de un año contados desde el agotamiento de los recursos internos, salvo que la víctima pueda demostrar que no fue posible presentarla en ese plazo (art.3 inc.2). Adicionalmente, se verifica la inexistencia de litispendencia de la misma cuestión ante el mismo Comité o ante otro procedimiento internacional. (art.3. inc. 2). Por otro lado, son inadmisibles las comunicaciones que versan sobre hechos anteriores a la entrada en vigencia del PF-PIDESC para el Estado denunciado (art.3 inc.2 letra b), las comunicaciones anónimas o que no se hayan presentado por escrito (art. 3 inc. 2 letra g), así como aquellas que no reúnan mínimos requisitos materiales tales como su incompatibilidad con las disposiciones del PIDESC o el carácter infundado o insuficientemente fundado (art. 3 inc.2 letras d y e).

Otro asunto de interés que ha sido incorporado en el PF-PIDESC es la posibilidad de que el Comité DESC pueda exigir, a petición de la(s) víctima(s), que el Estado demandado adopte las llamadas “medidas provisionales”, previstas en el art. 5 del PF-PIDESC. La posibilidad de adoptar medidas provisionales constituye una garantía fundamental para que los derechos establecidos en el PIDESC no continúen siendo violados y se produzcan daños irreparables mientras se tramita la comunicación y el Comité DESC adopta su dictamen.

Señala FIX-ZAMUDIO que en el marco contencioso internacional, el objeto de estas medidas es la de preservar los derechos de las partes, garantizar la integridad y efectividad de la decisión de fondo y evitar que el procedimiento carezca de efectividad⁵⁴³. Y así es como efectivamente se ha estado llevando este mecanismo en la actividad jurisdiccional internacional, tal y como lo evidencia la jurisprudencia en materia de DESC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). Por ello, no solo a nivel interamericano sino también universal, la institución jurídica de las medidas provisionales se encuentra prevista en los reglamentos de los órganos de supervisión de tratados. Constituyen, en palabras de ASDRÚBAL AGUIAR: “(...) la expresión concreta de un principio de derecho procesal que ordena garantizar el equilibrio de las partes en todo litigio y permite que la jurisdicción realice, en la práctica, las consecuencias de la responsabilidad sujeta al contradictorio⁵⁴⁴.”

El art. 7 del PF-PIDESC introduce la figura de la “solución amistosa” en el procedimiento del comunicaciones individuales ante los órganos vigilantes de los tratados en el seno del sistema universal de la ONU.

⁵⁴³ FIX-ZAMUDIO, H., “Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Serie E: Medidas Provisionales n°1 Compendio: 1987-1996*, San José, OEA-CIDH, 1996, pag.iii.

⁵⁴⁴ ASDRÚBAL, A., “Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en NIETO, R., *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, IIDH, 1994, P. 19.

La introducción de esta figura evidencia una especie de permeabilidad del sistema universal respecto a la experiencia en los sistemas regionales, sobre todo el interamericano y el europeo, que ya venían usando la figura en sus procedimientos de comunicaciones. La virtud de esta figura radica en que correctamente empleado, puede reducir el tiempo del litigio y establecer una vía de diálogo entre el Estado y la (s) víctima (s), a fin de que entre las partes se llegue a un acuerdo conveniente a sus intereses.

Además del mecanismo de comunicaciones individuales, el PF-PIDESC introdujo también otros mecanismos de vigilancia. Este es el caso del mecanismo contemplado en el art. 10 del PF-PIDESC denominado “comunicaciones entre Estados”.

Este procedimiento, aunque ha sido previsto en algunos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ha sido escasamente utilizado. Salvo algunas excepciones en el sistema europeo e interamericano, los Estados han sido renuentes a recurrir a este procedimiento, prefiriendo utilizar la vía diplomática o de negociaciones y diálogo interestatal para solucionar sus conflictos. Finalmente, la comunicación entre Estados fue contemplada en el art. 10 pero requiere de un reconocimiento expreso de competencia al Comité.

El otro mecanismo introducido en el PF-PIDESC es el de investigación de oficio, previsto en el artículo 11. Se trata de un procedimiento que consiste en la posibilidad que tiene el Comité, en caso de recibir información fidedigna sobre violaciones graves o sistemáticas de los DESC en un Estado parte, de invitar al Estado involucrado a examinar la información y expresar sus observaciones.

Durante este procedimiento, el Comité puede encomendar a sus miembros la investigación de la cuestión, cuyos resultados deben ser plasmados en un informe final. Luego, el Comité deberá emitir un pronunciamiento sobre la existencia o no de violaciones de derechos del Pacto. En este aspecto, el PF

establece en los arts. 8 y 9 que el Comité realizará observaciones finales más que un juicio jurídicamente vinculante. De ahí, el Comité podrá recomendar al Estado involucrado la adopción de algunas medidas para remediar la violación o impedir que ésta se vuelva a producir. A su vez, el Estado Parte en el plazo de seis meses presentará al Comité las medidas que haya adoptado en relación a las observaciones formuladas. Al igual que el mecanismo de comunicación interestatal, este mecanismo requiere de un reconocimiento expreso de competencia del Comité DESC para su ejercicio. Además, esta competencia puede ser revocada en cualquier momento. Este fue uno de los temas que sufrió modificaciones al momento de la firma del PF-PIDESC para lograr un acuerdo en su texto.

Finalmente, una cuestión muy debatida en el GT abierto está relacionada, con la cooperación internacional ya que muchos Estados solicitaron que la adopción del PF-PIDESC derivara también en un aumento de la ayuda al desarrollo⁵⁴⁵. En general, la mayoría de las delegaciones fueron favorables a que el Comité desempeñe una función más activa en relación con los procedimientos establecidos en los arts. 22 y 23 que establecen varios mecanismos para favorecer la cooperación internacional⁵⁴⁶. En la versión final del PF-PIDESC se incluyó una disposición en el art. 14 vinculada a la asistencia y cooperación internacional.

⁵⁴⁵ En particular, esta fue una inquietud del Grupo de Estados Africanos. (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 78.)

⁵⁴⁶ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006, párr. 78-79, 87-88.

3.4.1.5 *Los DESC en otros tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos del Sistema Universal*

El PIDESC es el tratado más relevante en materia de DESC del Sistema Universal. Sin embargo, estos derechos también son regulados en otros instrumentos internacionales, tanto a nivel universal como regional. De la misma forma, cabe destacar que varios organismos especializados de la ONU han dictado una serie de normativas relevantes en las áreas de los derechos laborales, de educación, de salud y en otras materias socioeconómicas.

Entre los tratados internacionales de derechos humanos, debemos mencionar el PIDCP que si bien consagra básicamente derechos civiles y políticos, contempla también algunos DESC. En estos casos, el Comité de Derechos Humanos ha ejercido una importante labor en su protección. En efecto, el PIDCP es, como lo dice su nombre, un tratado que protege derechos civiles y políticos. No obstante ello, en algunas de sus normas se establece también algunos DESC y determinados derechos que se encuentran en un límite muy tenue entre ambas clases de derechos⁵⁴⁷. La incorporación de estos derechos en el PIDCP reviste una especial importancia desde la perspectiva de su exigibilidad, ya que en este tratado existe la posibilidad de interponer quejas en caso de que se estime que sus disposiciones han sido violadas⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ Estas disposiciones son: el art. 8, que consagra la prohibición de trabajo forzoso; el art. 22, que reconoce, como una derivación del derecho de asociación, el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos; los arts. 17, 23 y 24 que establecen una especial protección de la familia y los niños y, por último, el art. 27 que protege los derechos culturales de las minorías.

⁵⁴⁸ Destaca, en especial, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos respecto del art. 27 que protege los derechos culturales de las minorías. (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Conclusiones sobre la Comunicación N° 167/1984*, Chief Bernard Ominayak y la Lubicon Lake Band contra Canadá, 10 de mayo de 1990; *Conclusiones sobre la Comunicación N° 511/1992*, Ilmari Lansman y otros contra Finlandia, 8 de noviembre de 1994.)

Por otra parte, en el ámbito de la ONU en las últimas décadas se han celebrado diversos tratados cuyo objeto es proteger grupos de personas especialmente vulnerables como parte del proceso de "especialización" del DIDH. Entre estos tratados, cabe mencionar: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW⁵⁴⁹); la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante, CTMF) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, CERD⁵⁵⁰). Todos ellos tienen un importante elemento común: en su texto se regulan conjuntamente tanto DCP como DESC, siendo una clara manifestación del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Además, desde el inicio de sus funciones, la ONU asumió que a fin de cumplir con el objetivo de una paz duradera- enunciado en su carta constitutiva- se requería además de grandes esfuerzos para asegurar a toda la población mundial unas condiciones mínimas de vida. Por ello, fue menester la creación de diversos organismos especializados que debían promover políticas de desarrollo en los más diversos ámbitos socioeconómicos. Así surgen en el panorama político internacional la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y posteriormente, la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). Desde 1945, todas estas instituciones han sido fundamentales para el progreso en los países más pobres, contribuyendo a la efectividad de

⁵⁴⁹ Esta convención es conocida por la sigla de su nombre en inglés: Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women.

⁵⁵⁰ Al igual que en el caso de la CEDAW, esta convención es conocida por la sigla de su nombre en inglés: International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination.

diversos derechos sociales como el derecho a la educación, a la salud, a la alimentación y a la protección de la infancia.

Mención aparte merece la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la primera organización internacional de la historia que se propuso como objetivo proteger los DESC. Esta organización surge en 1919 como parte del reformismo que busca enfrentar los conflictos sociales producidos en las últimas décadas del siglo anterior⁵⁵¹. Con posterioridad a la Segunda Guerra mundial, la OIT pasa a formar parte de los órganos especializados de la ONU, en este caso con competencias específicas en el ámbito laboral. Durante su tiempo de funcionamiento, su labor en la protección de los derechos humanos vinculados a las relaciones laborales ha sido ardua y productiva.

La OIT sanciona Convenios Internacionales y emite recomendaciones. Los Convenios constituyen tratados internacionales vinculantes para sus miembros una vez ratificados, en tanto que las recomendaciones no son obligatorias ni son ratificados por los Estados miembro y sólo constituyen sugerencias a los países para ir progresando en las relaciones laborales. En efecto, a todo Convenio sancionado, corresponde el fomento y la orientación de las actividades nacionales en determinadas áreas. A lo largo de su historia, la OIT ha promulgado 189 convenios internacionales y 198 recomendaciones.

La salud, la seguridad laboral y la seguridad social son asuntos prioritarios regulados por varios Convenios. Protege, especialmente, relaciones laborales en situaciones excepcionales. Por ejemplo, la protección de la maternidad en el Convenio 183, la migración laboral en el Convenio 143, así

⁵⁵¹ CASAS BAHAMONDE, M., "La política social y el sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo; su contribución al desarrollo del derecho social de la Unión Europea", en MARINO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p.106.

como el trabajo nocturno, y las condiciones de trabajo en las minas, empresas químicas, los puertos, el mar y el sector agropecuario, la protección a las organizaciones de trabajadores rurales en el Convenio 141 o la protección del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, aprobado en la 76ª reunión el 7 de junio de 1989, el cual constituye hasta ahora el principal instrumento de derecho internacional para la defensa de los pueblos indígenas del mundo y sus territorios.

Por las dimensiones de protección de los convenios de la OIT en asuntos concretos y especialísimos, resultan ser una fuente internacional bastante recurrida para interpretar los derechos laborales en las jurisdicciones domésticas. En efecto, en la actualidad, la OIT constituye el organismo internacional por antonomasia en materia de interpretación de derechos laborales. Esto lo podremos comprobar más adelante, cuando analicemos la jurisprudencia en materia de derechos labores del Tribunal Constitucional Peruano.

3.4.2 Las obligaciones internacionales en materia de Derechos Sociales del Estado Peruano en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos en el seno de la OEA

En el ámbito americano, los DESC encuentran su reconocimiento y garantía en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el cual se desarrolla en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA). Este sistema regional de protección de Derechos Humanos nace con la IX Conferencia Internacional Americana en 1948 donde no solo se determinó el nacimiento formal de la OEA, sino que además se adoptaron la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y la Declaración Americana

de Derechos del Hombre y de la Mujer. Este es el punto de partida de la protección contemporánea de los derechos humanos en el Sistema Interamericano, el cual ha venido desarrollando y perfeccionando a través de la adopción de nuevas normas y de la creación de órganos de protección.

3.4.2.1 *Los derechos económicos, sociales y culturales en los Instrumentos jurídicos internacional del Sistema Interamericano*

Desde que se fundó la OEA y surgió el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH), los DESC han estado presentes aunque su presencia, en un principio, haya sido como enunciados de principios rectores de las actividades de los Estados en materia económica y social.

Con el devenir de los años, el desarrollo y perfeccionamiento del SIDH y la actividad de los órganos de protección de los derechos del sistema, los DESC han ganado en definición, contenido y precisión. Esto debido a que los instrumentos jurídicos contemporáneos referentes a la materia otorgan una base jurídica suficiente que han podido ser utilizados ingeniosamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana (CoIDH) para efectos de su tutela. Estos órganos han derivado los DESC a través de los principios interpretativos del DIDH, en mayor medida el principio *pro hominen*, el principio evolutivo de los derechos y el de armonización hermenéutica del conjunto de instrumentos aplicables a la situación y el principio de objeto y fin de los tratados. A continuación haremos mención del *corpus iuris* interamericano en materia de DESC.

3.4.2.1.1 La Carta constitutiva de la OEA modificada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967

La Carta de la OEA es el tratado internacional que da nacimiento a la Organización de Estados Americanos en 1948. Esta Carta constitutiva tenía muy pocas disposiciones referentes a los derechos humanos además que éstas se encontraban redactadas en términos muy generales⁵⁵².

En las disposiciones referentes a los derechos sociales en particular, la Carta de la OEA fijaba algunas previsiones declarativas como aquella que afirmaba que los Estados están de acuerdo en la conveniencia de desarrollar su legislación social sobre la base de que todos los seres humanos tienen el derecho de alcanzar su bienestar material y su desarrollo espiritual. Además, el art.29 refiere que el trabajo es un derecho y un deber social que reclama respeto de la libertad de asociación y dignidad de quien lo presta y se debe efectuar en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso⁵⁵³. Con referencia a la educación, la Carta señala que los Estados acuerdan favorecer el derecho a la educación sobre la base de la enseñanza primaria obligatoria y de forma gratuita cuando la imparta el Estado y el deber de reconocer el acceso a los estudios superiores de todas las personas.⁵⁵⁴

En 1967, el Protocolo de Buenos Aires reforma sustancialmente la estructura de la Carta de la OEA donde una de sus modificaciones más importantes- aparte de las reformas institucionales- fueron aspectos concretos en los referente al disfrute y goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

⁵⁵² BUERGENTHAL, T., NORRIS, R. Y SHELTON, D., *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Civitas, 1988, p.34.

⁵⁵³ CARTA DE LA OEA, art. 28 y 29

⁵⁵⁴ CARTA DE LA OEA, art.30

Así, en el art.34 se propician como metas básicas para el desarrollo integral, entre otras, los salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todas las personas; la erradicación rápida del analfatismo, nutrición y viviendas adecuadas; y condiciones urbanas que hagan posible una vida sana productiva y digna. El art. 45 de la Carta regula también derechos de naturaleza social como el derecho al bienestar material y al desarrollo espiritual, el derecho al trabajo, el derecho a la negociación colectiva y huelga, el desarrollo eficiente de la seguridad social y el derecho a la asistencia legal para hacer valer los derechos. Finalmente hasta el art. 50 es posible encontrar disposiciones referentes a la educación y la cultura.

En 1992, la Carta sufrió una nueva reforma en Washington donde se incluyó la preocupación en torno al tema de la pobreza como fenómeno estructural violatorio del conjunto de derechos humanos del ser humano en dicha situación. Esto generó la incorporación a la Carta como propósitos de la organización la promoción, por medio de la acción cooperativa, del desarrollo económico, social y cultural; la erradicación de la pobreza crítica y la limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.⁵⁵⁵ También se añade como principios de la organización: 1) La eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la consolidación de la democracia representativa y 2) La justicia y la seguridad social como bases de una paz duradera.⁵⁵⁶

3.4.2.1.2 La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales

⁵⁵⁵ CARTA DE LA OEA, art. 2 inc. f, g y h.

⁵⁵⁶ Carta de la OEA, art.3

Su adopción se da de forma simultánea a la Carta de la OEA y tuvo como objetivo la consagración de principios fundamentales para el amparo de los trabajadores, los cuales constituyen el mínimo de derechos que los Estados deben garantizar.

En esta Carta se reconoce: a) al trabajo como una función social y el principio que todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna b) el principio de igual trabajo, igual remuneración c) el carácter irrenunciable de los derechos laborales d) el derecho a seguir la vocación, recibir educación profesional y técnica y participar en la equitativa distribución del bienestar nacional e) la regulación por ley del contrato individual y convención colectiva del trabajo f) el establecimiento del salario mínimo suficientes para cubrir las necesidades básicas del hogar g) el carácter inembargable del salario h) el derecho a participar en las utilidades de la empresa i) la duración de la jornada laboral j) el derecho al descanso y al periodo vacacional k) el derecho a la estabilidad laboral l) el derecho a la asociación y huelga m) los derechos a la previsión y seguridad social.

Los problemas interpretativos de esta Carta no se hicieron esperar pues, como veremos después, el art. 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1968 no la incluyó en su reconocimiento de derechos de carácter laboral. Sin embargo, muchos autores consideran que la Carta de Garantías Sociales es un referente obligado en la determinación de los derechos de los trabajadores en el SIDH y sirvió para el diseño de los derechos laborales en las Cartas Constitucionales latinoamericanas en años posteriores⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Por ejemplo, AGUILAR CAVALLO considera que la Carta de Garantías sociales forma parte de la muy escasa legislación en materia de derechos laborales en el sistema interamericano. (AGUILAR CAVALLO, G., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos sociales”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, num.13, enero-junio 2010, pp.3-60.)

3.4.2.1.3 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Mujer

La Declaración Americana (DADH) constituye el *corpus iuris* de los derechos humanos contenidos en la Carta de la OEA. Ha sido aplicada por la Comisión Interamericana en el ejercicio de sus funciones y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar los derechos contenidos en el art. 26 de la CADH, el cual remite a la Carta Constitutiva de la OEA. Adquirió carácter vinculante y se constituyó como herramienta clave para la protección de los derechos humanos en el continente americano⁵⁵⁸. Afirma SALVIOLI que después de más de cincuenta años de existencia su potencial aun no ha sido explotado de forma suficiente dentro de la OEA en lo referente a la fundamentación y aplicación de aquella frente a las violaciones de los derechos sociales⁵⁵⁹.

Una de las cuestiones más resaltantes y por ende, que marca el espíritu de la DADH, es la intención de expresar en su contenido la noción de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos lo cual la distancia significativamente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). En este sentido, la DADH parte de considerar como fundamento de los derechos humanos los atributos de la persona humana además de afirmar su carácter universal, al señalar que todas las personas tienen derechos sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. El principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos contenidos en la DADH, años después adoptado por el sistema universal, ha sido la llave maestra a través de la cual los órganos de protección del SIDH han identificado DESC en los distintos instrumentos jurídicos. Ha sido, en

⁵⁵⁸ SALVIOLI, F., “El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos” en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, T.I, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2001, p.35

⁵⁵⁹ SALVIOLI, F., “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista N°40, IIDH*, San José, 2004, p.16

esencia, el principio interpretativo que ha permitido a la Corte Interamericana justiciabilizar derechos sociales como lo veremos más adelante.⁵⁶⁰

Entre los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la DADH se encuentran derechos referidos a la protección a la familia, de la maternidad y de la infancia; los derechos a la preservación de la salud y el bienestar; el derecho a la educación, a la cultura, al trabajo y a las condiciones dignas del mismo, al descanso y a la seguridad social. De forma transversal, al reconocer el derecho a la salud también se hace mención de la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica.⁵⁶¹

3.4.2.1.4 La Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de 1969 es la carta de Derechos Humanos por excelencia del Sistema Interamericano donde no sólo se reconocen derechos y se establecen las obligaciones de los Estados respecto a estos, sino que además se identifican los órganos de protección de los derechos contenidos en la misma.

Así, la CADH reafirma a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual ya existía desde 1959, ampliando y delimitando sus funciones. Además, crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) como órgano jurisdiccional del sistema interamericano dotado de dos competencias principales: la consultiva y la contenciosa. Como era de

⁵⁶⁰ Al respecto el juez interamericano Rodolfo Piza Escalante expreso, en ocasión a la Opinión Consultiva n°4 de la CoIDH que los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido literal y el alcance de las normas, sino igualmente su potencialidad de crecimiento, convertida en derecho legislado por los art. 2 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica”, *Opinión Consultiva n°4* del 19 de enero de 1984, voto recurrente del juez Rodolfo Piza Escalante, párr.3.)

⁵⁶¹ DADH, art.11

preverse, dado los tiempos políticos que se vivían al momento de su adopción, la CADH tiene un desarrollo bastante extenso de los derechos civiles y políticos más no así respecto a los económicos, sociales y culturales, los cuales sólo encuentran referencia en el art. 26 de la misma⁵⁶². Es debido a la escueta presencia de los derechos sociales en la CADH, que en 1988 se adopta el Protocolo Facultativo de la CADH (PF-CADH), instrumento jurídico- internacional que complementa a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Para determinar cuáles son los DESC a los que refiere el referido art. 26, es menester retomar las disposiciones ya antes referidas sobre materia económica y social de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires, además de interpretar el art.26 de forma armónica con el resto de disposiciones convencionales, conforme a las reglas de interpretación contenidas en el art.29 de la CADH y las disposiciones hermenéuticas de carácter general del DIDH⁵⁶³. En este sentido, es necesario repasar las disposiciones convencionales que nos den una vista general del objeto y fin de la Convención Americana.

En su preámbulo, la CADH reafirma el propósito de los países americanos de consolidar un régimen de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales de la persona además de afirmar que sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos⁵⁶⁴. La lectura del Preámbulo de la CADH no deja ninguna duda sobre que dentro de los fines que persigue la CADH está la de crear

⁵⁶² El mencionado art. 26 de la CADH reza: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.” (La cursiva es nuestra)

⁵⁶³ SALVIOLI, F., “La protección...”, *op.cit.* pp. 109.

⁵⁶⁴ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Preámbulo, Párrafo 4.

situaciones favorables para el desenvolvimiento social del individuo, generando obligaciones a los Estados de crearlas y garantizarlas a fin de que sean efectivas y reales. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 afirma que los principios contenidos en el Preámbulo determinan que la interpretación que se haga del mismo debe estar orientada a la consecución de los mismos, pues todo tratado internacional debe ser interpretado de acuerdo a su objeto y fin.

La CADH también tiene la virtud de señalar el contenido de las obligaciones estatales de carácter general con respecto a los derechos protegidos en ella, dentro de los cuales se encuentran los reconocidos en el art.26. En el capítulo I se establecen dos obligaciones generales de los Estados con respecto a todos los derechos reconocidos en la Convención: 1) la obligación de respetar los derechos y 2) la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción de aquel sin discriminación alguna.⁵⁶⁵ También se establece el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno, legislativas o de cualquier otra índole, que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en la CADH.⁵⁶⁶

A pesar de que se reconoce la libertad del Estado de decidir las medidas a adoptar para hacer efectivos los derechos, estos deben justificar sus decisiones, pues la propia CADH reconoce la obligación de los Estado partes de informar a la CIDH sobre el desarrollo de los derechos protegidos así como de las medidas adoptadas a nivel interno. La CADH es un tratado internacional que genera obligaciones internacionales y cuyo incumplimiento deviene en responsabilidad internacional de los Estados por violaciones de las disposiciones de los mismos, por lo cual la fiscalización de la CIDH constituye una forma de verificación del cumplimiento del Estado de las obligaciones generadas por la CADH.

⁵⁶⁵ CADH, art. 1.1

⁵⁶⁶ CADH, art.2

Para poder determinar las obligaciones de los Estados con respecto a los derechos reconocidos en la CADH, en especial respecto a los DESC, hay que referirse a las obligaciones generales sobre los derechos que ya analizamos. Pero, además es importante que podamos aplicar los principios interpretativos del DIDH para reconocer el contenido del derecho que el Estado ha de respetar y garantizar.

A efecto de la identificación de estas obligaciones mínimas han de utilizarse amplios criterios de hermenéutica jurídica, los principios interpretativos del Derecho en general, del Derecho Internacional público y en especial, los criterios interpretativos propios del DIDH, como es -en el caso de la CADH- los expresamente mencionados en el art. 29. Estos criterios interpretativos se aplican al momento de interpretar el contenido de los derechos reconocidos por la CADH, los cuales -según el mencionado art. 26- son aquellos derechos de contenido económico, social y cultural contenidos en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires, los cuales son aquellos a los que ya hicimos mención.

En este sentido, una interpretación sobre las obligaciones en materia de DESC contenidas en la CADH conforme al art. 29, al objeto y fin del tratado expresado en el Preámbulo, siguiendo los principios *pro hominem* y el principio expansivo de los derechos humanos se puede obtener que: a) Las obligaciones genéricas de respetar y garantizar derechos además de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para darles efectividad abarcan también a los DESC, de acuerdo al tenor del art. 26 de CADH; b) La toma de medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los DESC así como la abstención de adoptar medidas regresivas es plenamente exigible; c) A fin de no incurrir en incumplimiento de las obligaciones generadas por el art. 26 de la CADH, el Estado debe destinar los recursos de los que dispone a fin de cumplir con las demandas de los DESC y en caso de no hacerlo, justificar su decisión. Incurrirá en responsabilidad internacional por violación del art. 26 de la CADH si en la

medida de los recursos de los que dispone, no adopta medidas progresivas a fin de dar mayor garantía a los derechos sociales, adopta medidas regresivas que generen efecto contrario o si se demuestra que contando con los recursos, no se tomó las medidas que, de haberse otorgado, dieran mejor resultado que el obtenido d) Finalmente, el art. 43 de la CADH refuerza la obligación genérica de garantizar derechos del art.1, estableciendo la obligatoriedad de asegurar la aplicación efectiva de la misma, en relación a todos los derechos reconocidos en ella.

Finalmente, consideramos que en el aspecto el reconocimiento de derechos sustantivos en materia económica y social en la CADH, también podemos considerar las disposiciones convencionales contenidas en el art. 6.2 (sobre la prohibición del trabajo forzado) y el art. 17 (con referencia a la libertad de asociación en materia laboral). En este sentido, tomamos en cuenta estas normas convencionales pues reconocen derecho de índole social que puede llevar a ser plenamente exigibles pretensiones de naturaleza laboral. Esto ha sido reconocido por la CortelDH en su jurisprudencia contenciosa las veces que ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. Sobre la potencialidad de estas normas como contenido de los derechos laborales en la CADH tendremos oportunidad de referirnos más adelante.

3.4.2.1.5 El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988

El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de DESC (también conocido como el Protocolo de San Salvador) viene a desarrollar exhaustivamente los derechos en materia económica,

social y cultural del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, a nuestro juicio, los derechos protegidos en el art.26 de CADH.

En su preámbulo reconoce como principio constitutivo el de indivisibilidad e interdependencia. Este principio se origina de la concepción del ser humano y su dignidad como fundamento de los derechos humanos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, por lo cual se justifica la tutela y promoción de estos últimos con el objeto de lograr su plena vigencia, sin que jamás pueda justificarse la violación de uno en aras de la realización de otros.⁵⁶⁷ Esto sin duda, en sintonía con el principio ya expresado en la CADH, reafirmado en el PA-CADH, que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”⁵⁶⁸.

En términos generales, el PA-CADH reafirma las obligaciones de los Estados parte en materia de DESC, solo que aquí sistematiza y desarrolla los derechos con mayor exhaustividad. Así, en el art.1, determina la obligación del Estado parte de adoptar medidas hasta el máximo de recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos allí contenidos.⁵⁶⁹ A diferencia de lo expresado en el art. 26 de la CADH, el cual se limitaba a señalar que los Estados debían utilizar los recursos disponibles para hacer efectivos los derechos sociales, en el PA-CADH se busca asegurar que los Estados destinen lo máximo de sus posibilidades para cumplir con las obligaciones que emanan del mismo. Esto quiere decir que no basta con que el Estado destine recursos o adopte medidas respecto a los derechos para cumplir con los fines del Protocolo sino que deben de esforzarse al máximo de sus posibilidades para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

⁵⁶⁷ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, Preámbulo, Párrafo cuarto.

⁵⁶⁸ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, Preámbulo, Párrafo seis.

⁵⁶⁹ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art.1.

Otra obligación establecida en el PA-PIDESC es la obligación de los Estados de adoptar, con arreglo de sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del mismo, las medidas legislativas o de otra índole que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos, cuando el ejercicio de los mismos no se encontrara garantizado⁵⁷⁰. Por otro lado, como principios interpretativos, el Protocolo reconoce, en su art. 4, los principios generales de los derechos humanos, la prohibición de discriminación en el ejercicio de los derechos y el principio de interpretación *pro hominem*, los cuales retoma de la CADH.

El PF-CADH ha sido inspirado- en su redacción y desarrollo de DESC- en el PIDESC, aunque, por la diferente temporalidad y contexto de su adopción, excluye algunos derechos que el PIDESC prevé (como el derecho a la libre determinación de los pueblos) e incluye algunos “nuevos” derechos (como el derecho al ambiente sano). Sin embargo, es innegable la enorme influencia del PIDESC, no solo en los aspectos mencionados, sino también en la determinación del contenido normativo de los derechos del PA-CADH. En este sentido, la Jurisprudencia de la CorteIDH ha insistido en desarrollar estos derechos en conformidad con el desarrollo que sobre los derechos del PIDESC hace el Comité de DESC en sus Observaciones Generales. Dicho esto, pasamos a analizar los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Protocolo de San Salvador.

En primer lugar, se reconoce los derechos laborales ya reconocidos en la Carta de la OEA. Afirma que el derecho al trabajo tiene como contenido el derecho de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.⁵⁷¹ También determina medidas a adoptar por el Estado a fin de lograr la plena eficacia del derecho al trabajo como medidas para obtener el pleno empleo así como el brindar orientación vocacional y para el desarrollo

⁵⁷⁰ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art.2

⁵⁷¹ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art.6.

de proyectos de capacitación técnico-profesional⁵⁷². Asimismo, establece la obligación de los Estados de ejecutar y fortalecer programas de atención familiar con la finalidad de permitir que la mujer tenga la real oportunidad de ejercer el derecho al trabajo⁵⁷³. Afirma que el derecho al trabajo implica el goce de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de empleo las cuales requieren de una remuneración que asegure una subsistencia digna y decorosa para quien trabaja y su familia; un salario equitativo e igual por igual trabajo; estabilidad laboral y una indemnización en caso de despido injustificado; derecho al ascenso; derecho a la seguridad social e higiene en el trabajo; limitación razonable de las horas de trabajo; derecho al descanso además de la prohibición del trabajo nocturno e insalubre para los menores de 18 años⁵⁷⁴.

También dentro del grupo de derechos laborales, el PA-CADH reconoce los derechos sindicales. Así se reconoce el derecho de todo trabajador de formar sindicatos así como ejercer el derecho de huelga⁵⁷⁵. En lo que respecta a los derechos laborales en el SIDH, habíamos analizado que casi todas estas disposiciones estaban contenidas en la Carta Americana de Garantías Sociales de 1948. En su momento sirvió para inspirar Constituciones en materia de derechos laborales, sin embargo su carácter vinculante había sido bastante discutido- como lo mencionamos anteriormente- pues el art. 26 de la CADH no la mencionaba como fuente de derechos sociales del sistema. Esta situación viene a revertirse con el PA-CADH de 1988, el cual enriquece y precisa el marco de protección interamericana a los derechos laborales y sobre todo, los de asociación sindical y huelga.

En segundo lugar, el PA-CADH reconoce el derecho a la seguridad social, donde este derecho adquiere una triple dimensión. Por un lado, es un derecho humano básico. Además, puede ser consecuencia del ejercicio del

⁵⁷² PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art. 6.1

⁵⁷³ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art.6.2

⁵⁷⁴ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art.7

⁵⁷⁵ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art.8

derecho al trabajo propio o ajeno (pensión). Constituye también, en algunos casos, una herramienta indispensable para hacer efectivos otros derechos sociales como el derecho a la salud⁵⁷⁶. Así, el PA-CAH reconoce la protección que el Estado debe brindar frente a las contingencias de la vejez o de las enfermedades, de tal forma que la seguridad social debe cubrir la atención médica y el subsidio o jubilación en caso de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional así como la licencia por maternidad antes y después del parto.⁵⁷⁷

En tercer lugar, el PA-CADH reconoce el derecho a la salud, el cual es entendido en sentido amplio, es decir como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Así, los Estados parte se comprometen a garantizar la atención primaria de la salud y a ponerla al alcance de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Además, el PA-CADH reconoce que la salud es un bien público, lo cual conlleva que los Estados no pueden desatenderse de la atención y garantía del derecho a la salud de forma equitativa para todas las personas sujetas a su jurisdicción⁵⁷⁸. El PA-CADH insta a los Estados a la adopción de medidas mínimas a efectos de garantizar el derecho a la salud. Estas son: a) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas b) la prevención y tratamiento de enfermedades endémicas, profesionales y de otra índoles c) la educación preventiva de la población en general en materia de salud y d) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos más vulnerables y con mayor riesgo⁵⁷⁹.

Relacionado directamente con el derecho a la vida (en su connotación de vida digna) y con el derecho a la salud, se encuentra el reconocimiento convencional del derecho al medio ambiente sano. Así, el Protocolo reconoce el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano así

⁵⁷⁶ SALVIOLI, F., “La protección...”, *op. cit.*, pp.120

⁵⁷⁷ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art.9

⁵⁷⁸ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art.10

⁵⁷⁹ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art. 10

como contar con los servicios públicos básicos. En este sentido, los Estados promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.⁵⁸⁰

En cuarto lugar, el derecho a la alimentación se encuentra expresado en el derecho- que reconoce el PA-CADH- de toda persona a una nutrición adecuada que le asegure el más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual. En este sentido, los Estados se obligan a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos con el fin de garantizar el ejercicio universal del derecho humano a la alimentación, a efectos de que toda persona tenga la oportunidad de alcanzar los niveles de nutrición necesarios para su desarrollo individual y social⁵⁸¹.

En quinto lugar, el PA-CADH reconoce al derecho a la educación como un medio de capacitación a efectos de participar activamente en la vida democrática. Sus objetivos deben orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, fortaleciendo el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz.⁵⁸²

Como derivados del derecho a la educación en sentido amplio, el Protocolo reconoce la educación primaria obligatoria y universal así como la enseñanza secundaria y superior generalizada, accesible a todas las personas en la medida que los medios lo permitan y de progresiva gratuidad. Es deber de los Estados fomentar la educación primaria a aquellas personas que no la han recibido o que no la han concluido así como establecer programas de enseñanza diferenciada para las personas minusválidas.⁵⁸³ Finalmente, se reconoce el derecho de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos, siempre que se adecue a los principios establecidos⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art.11.

⁵⁸¹ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art.12.

⁵⁸² PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art. 13.1 y 13.2

⁵⁸³ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art.13.3

⁵⁸⁴ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, art. 13.5

Se reconocen también el derecho a la cultura y a formar parte de la construcción de la misma. Esta disposición ha sido casi literalmente redactada del PIDESC. En el PA-CADH, los Estados están obligados a adoptar medidas para la conservación, el desarrollo y la difusión de las artes, la ciencia y la cultura así como al respeto de la libertad creadora y de la investigación científica.⁵⁸⁵

Finalmente, se reconoce los derechos referidos a la constitución y protección de la familia donde los Estados se comprometen a adoptar medidas específicas para la protección de las madres, los niños y los adolescentes. También desarrolla los llamados “derechos categoriales” los cuales se refieren a colectivos vulnerables de la sociedad, los cuales debido a su indefensión, requieren de una mayor especificidad de sus derechos humanos referidos a su situación especial. En esta oportunidad, el Protocolo desarrolla los derechos económicos, sociales y culturales referidos a la niñez, a las personas ancianas y a la personas con discapacidad.⁵⁸⁶

Como mecanismos de supervisión de los derechos reconocidos en el PA-CADH, este adopta dos sistemas diferenciados: el mecanismo de informes periódicos y el mecanismo de comunicaciones individuales. Por medio del mecanismo de informes, los Estados parte se comprometen a informar periódicamente sobre los medios adoptados de forma progresiva a fin de hacer efectivos y reales los derechos del PA-CADH. Este informe presentado por el Estado parte es analizado por la CIDH y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral los cuales retornan el informe estatal a través de recomendaciones. El PA-CADH reconoce la facultad de la CIDH para formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinente sobre la situación de los DESC en todos o en algunos de los Estados parte, pudiendo incluirlas en el Informa Anual que presenta ante la Asamblea General de la OEA o desarrollar, si el caso lo amerita, un informe especial. Por otro lado, el sistema de peticiones individuales solo se encuentra previsto

⁵⁸⁵ Protocolo de San Salvador, art.14.

⁵⁸⁶ Protocolo de San Salvador, art. Del 16 al 18.

para dos derechos del Protocolo: 1) el derecho a la libertad sindical y 2) el derecho a la educación, los cuales pueden hacerse plenamente exigibles ante la Corte IDH.

3.4.2.1.6 Otros Instrumentos jurídicos interamericanos que reconocen DESC respecto a grupos específicos

El SIDH cuenta en su *corpus iuris* con numerosos Tratados que desarrollan las situaciones específicas de grupos vulnerables dentro de la sociedad americana. Es posible identificar DESC en estos instrumentos los cuales resultan especialmente relevantes en el sistema, por estar referidos a colectivos vulnerables.

Dentro de estos podemos mencionar, en primer lugar, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer de 1994. En esta Convención se reconoce como eje central el derecho a vivir libre de violencia. Además, el art. 5 afirma que toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales aunque no se distingue entre distintos tipos de derechos, a efectos de pronunciarse específicamente sobre el disfrute del mismo. El derecho a vivir una vida libre de violencia incluye el derecho “a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basados en estereotipos en conceptos de inferioridad y subordinación.”⁵⁸⁷ En este sentido, la educación así entendida impactará en el objetivo de la erradicación de la violencia y en el pleno ejercicio de los derechos humanos de la mujer.

⁵⁸⁷ CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, art.9.

En esta Convención, los Estados se comprometen a sendas acciones de carácter económico y social para erradicar, prevenir y sancionar la violencia contra la mujer como el diseño de programas de educación formal y no formal apropiados a todo nivel del proceso educativo tendientes a modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres así como el fomento y apoyo al desarrollo de programas de educación gubernamental y del sector privado para concientizar a la población sobre el problema de la violencia de género.

También en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las persona con discapacidad de 1999 se destaca la puesta en marcha de acciones “discriminación positiva” tendientes a fomentar la integración social de las personas con discapacidad, esto debido a su situación de extrema indefensión y a la grave situación de sus derechos civiles y políticos, pero sobre todo, de los DESC. En el art.3 la Convención señala que para lograr sus objetivos, los Estados se comprometen a adoptar medidas de distinto carácter, destacando las que son de tipo social, educativo y laboral y en la esfera del empleo, transporte, vivienda, recreación y educación. Por otro lado, también afirma que la educación para eliminar progresivamente la discriminación comprende dos dimensiones: 1) la educación dirigida a la persona con discapacidad, para asegurarles un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida y 2) la educación dirigida al resto de la población a fin de eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atenten contra el derecho de las personas de ser iguales.⁵⁸⁸

En el proceso interpretativos de los DESC contenidos en todos los instrumentos jurídicos interamericanos antes mencionados es importante tener en cuenta los principios interpretativos del DIDH, así como los principios interpretativos mencionados en el art. 29 de la CADH. En este sentido, no se puede obviar que al interpretar el contenido de los DESC del

⁵⁸⁸ CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONA CON DISCAPACIDAD, art. 3.

SIDH debemos también considerar en nuestro análisis hermenéutico los DESC contenidos en otros instrumentos internacionales del SUDH de los cuales los Estados sean parte así como la interpretación que de ellos hagan los organismos autorizados para desarrollarlos. Nos estamos refiriendo esencialmente al PIDESC y a las Observaciones generales que sobre el Pacto que hace el Comité de DESC de la ONU. También al momento de interpretar cada derecho en particular se debe considerar la referencia que sobre tal derecho hacen los Tratados internacionales de los cuales los Estados sean parte. Por ejemplo, es menester que al desarrollar el derecho a la educación primaria de las niñas indígenas no sólo analicemos la CADH, su PF-CADH, el PIDESC y su PF-PIDESC sino que además debemos remitirnos a los derechos contenidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño de la ONU y a la Convención sobre Pueblos Indígenas de la ONU. Ello claro, siempre y cuando el Estado Parte demandado haya ratificado los Tratados y estos hayan entrado en vigencia. Todo esto es posible en base a la aplicación de los principios hermenéuticos internacionales en materia de derechos humanos.

Además, existen sendos instrumentos internacionales que contienen relevantes compromisos políticos de los Estados Americanos y que reconocen asimismo los principios de solidaridad y de justicia social. Objetivamente, estos compromisos políticos son lo que en el Derecho Internacional conforman el *soft law* interamericano. No son jurídicamente vinculantes. Sin embargo, constituyen declaraciones políticas que vinculan moralmente al Estado. Según el estudio de las fuentes del Derecho Internacional, pueden constituir costumbre internacional con lo cual, con las reiteradas prácticas y la voluntad manifiesta de los Estados, pasarían a ser *hard law* internacional y por lo tanto jurídicamente y plenamente vinculante. Entre estas documentos tenemos la *Declaración de Santiago de Chile de 1958* donde los Estados reconocen como uno de los rasgos fundamentales de los regímenes democráticos americanos mantener un régimen de libertad individual y de justicia social; el *Compromiso de Santiago con la Democracia*

y con la renovación del Sistema Interamericano de 1991 donde los Estados se comprometieron a “intensificar la lucha solidaria y la acción de cooperación contra la pobreza crítica para contribuir a disminuir las desigualdades económicas y sociales en el hemisferio, fortaleciendo así el proceso de promoción y consolidación de la democracia en la región.”⁵⁸⁹ Y la *Declaración de Santiago de 2007* donde los jefes de Estado de los 22 Estados miembros de la Comunidad Iberoamericana reiteraron su adhesión al principio de solidaridad, comprometiéndose con la cohesión social y las políticas sociales y con el fortalecimiento de la promoción y respeto de todos los derechos humanos como componente indispensable en la adopción y ejecución de las políticas destinadas a la cohesión social.⁵⁹⁰ La consideración y reconsideración de los principios de solidaridad y de justicia social también se desarrolló en la *Declaración de San Salvador de 2008* y en la *Declaración de Compromisos de Puerto de España del 2009*.

3.4.2.2 *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derecho Humanos*

Con la finalidad de entender cuál es el contenido de los DESC en el ámbito interamericano resulta una tarea esencial remitirnos a la jurisprudencia desarrollada dentro del ámbito competencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). Esto en virtud al art. 62 de la CADH- el cual reconoce la competencia de la CorteIDH para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH- así como de los demás instrumentos del sistema interamericano, como el caso

⁵⁸⁹ COMPROMISO DE SANTIAGO CON LA DEMOCRACIA Y CON LA RENOVACIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO, Asamblea General de la OEA, 4 de junio de 1991.

⁵⁹⁰ DECLARACIÓN DE SANTIAGO, XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, 10 de noviembre del 2007.

del PF-CADH. Omitimos deliberadamente el análisis de los informes relativos a los DESC desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) pues consideramos que su labor de supervisión, defensa y promoción de los derechos humanos del SIDH -aunque esencial- no nos da material trascendental para nuestra labor hermenéutica pues su actividad no es la de intérprete sino la de aplicador y custodio de los DESC en el ámbito interamericano.

En el ámbito interamericano, la CorteIDH ha desarrollado los DESC- a pesar de las limitaciones formales del SIDH- con mucha imaginación. Un obstáculo inicial con la cual la CorteIDH tuvo que lidiar fue con la casi nula presencia de los DESC en la CADH, a excepción del solitario art. 26, el art. 6.2 (sobre trabajo forzoso) y el art. 17 (sobre protección de la familia). Por lo demás, ha tenido que hacer un importante ejercicio hermenéutico para poder derivar DESC del art. 26 en base a los instrumentos con los que contaba el SIDH, especialmente la DADH y la Carta de la OEA, modificada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967.

Desde un principio, la CorteIDH ha evitado manifestarse respecto a la violación del art. 26 de CADH. Por ello, ha desarrollado de manera creciente su doctrina sobre los DESC en base a dos mecanismos esenciales: 1) la interpretación de los derechos civiles y políticos en clave social y 2) el reconocimiento de la conexidad de los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales. Es así, por vía indirecta, que la Corte ha desarrollado en mayor medida su doctrina de los DESC en el SIDH.

Sin embargo, el parteaguas del asunto se dio en el año 2009 con la sentencia *Acevedo Buendía vs. Perú* donde por primera vez la CorteIDH se manifestó sobre el art. 26 de CADH. En este sentido, nos referimos a la vía directa cuando las partes involucradas han invocado el art. 26 como violado y la CorteIDH ha tenido oportunidad de manifestarse. Seguidamente analizaremos el desarrollo de los DESC en jurisprudencia tanto consultiva como contenciosa de la Corte IDH.

3.4.2.2.1 La jurisprudencia consultiva en materia de DESC

La competencia consultiva de la CorteIDH está reconocida en el art. 64 de la CADH. Aquí se señala que los Estados parte podrán consultar a la CorteIDH acerca de la interpretación de la CADH y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos así como la de manifestar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de un Estado Parte y los mencionados instrumentos internacionales, si el Estado parte lo solicita.

Tanto en su función consultiva como en la contenciosa, la CorteIDH tiene competencia para interpretar aspectos que refieran a DESC contenidos en cualquier tratado- sea que su objeto principal sea la protección de los derechos humanos u otro distinto, y se haya adoptado o no en el seno de la OEA- con la única condición de que el Estado Parte involucrado sea parte del Tratado. Esto es sumamente importante pues la CorteIDH ha manifestado en reiteradas oportunidades esta competencia⁵⁹¹. En materia de DESC, es común encontrar en la jurisprudencia de la CorteIDH remisiones al PIDESC y las observaciones generales sobre el mismo que ha desarrollado el Comité de los DESC así como otros Tratados internacionales del sistema de la ONU.

La función consultiva ha constituido una herramienta eficaz para la construcción de una doctrina interamericana sobre DESC⁵⁹². Es importante señalar que las opiniones consultivas tienen carácter jurisprudencial en el SIDH por lo cual, una vez desarrolladas, son vinculantes para los Estados

⁵⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la Corte*, OC 1/82 del 24 de setiembre de 1982, Serie A, Número 1, Párrafo 58.

⁵⁹² AGUILAR, G., "La Corte Interamericana y los derechos sociales" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, num.13, enero-junio 2010, pp.52.

por considerarse material interpretativo de los derechos reconocidos en la CADH y otros instrumentos jurídicos sobre los cuales la CortelDH tenga competencia⁵⁹³. Por eso, es fundamental conocer el contenido de la jurisprudencia consultiva a fin de conocer con mayor precisión el contenido de los derechos convencionales en general y de los DESC en particular.

De esta manera, la CortelDH ha desarrollado su jurisprudencia consultiva en materia de DESC esencialmente en dos oportunidades: en la Opinión Consultiva N°17, referida a la “Condición jurídica y derechos humanos del niño y de la niña” y en la Opinión Consultiva N°18, referida a la “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”.

En la Opinión Consultiva (OC) n°17 del 2002, referida a la “Condición jurídica y social de niños y niñas”, la CortelDH utilizó como criterios interpretativos no sólo los instrumentos interamericanos sino además instrumentos jurídicos internacionales del SUDH -como la Convención de los Derechos del niño y de la niña de 1989 y el Convenio N°138 de la OIT- así como directrices internacionales para la protección de los menores-como las Reglas mínimas de ONU para la administración de justicia de menores de 1985, las reglas mínimas de ONU sobre medidas no privativas de libertad y las Directrices de la ONU para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990. En esta OC, la Corte ha manifestado que:

“(…) el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (art.4 de la Convención sobre Derechos del niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo , de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles.”⁵⁹⁴

⁵⁹³ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, art.64.1

⁵⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición Jurídica y Derechos humanos del niño*, OC-17/02 del 28 de agosto del 2002, Serie A, N°17, párr. 22 p. 50.

En esta OC, la CorteIDH recurre a la noción ampliamente desarrollada en su jurisprudencia contenciosa de “vida digna”, una manifestación extensiva del derecho a la vida. Así se ha referido a esta como un contenedor de derechos económicos, sociales y culturales. En el caso de los niños, el concepto de “vida digna” implica 1) vida plena y decente con aseguramiento de su dignidad 2) condiciones de vida y desarrollo que le permitan llegar a bastarse por sí mismo y 3) condiciones de vida que faciliten la participación el niño en la comunidad⁵⁹⁵. En este sentido, afirma que:

“Figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y para la propia sociedad (...) la educación, el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.”⁵⁹⁶

En definitiva, la CorteIDH retoma los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos que, en relación con los derechos de los niños, resulta indispensable para un eficaz ejercicio de sus derechos. En efecto:

“(...) La verdadera y plena protección de los niños (y niñas) significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales.”⁵⁹⁷

Sin embargo, para la doctrina autorizada en materia de DESC en el SIDH, la OC N°18 sobre la “Condición jurídica y derechos de los migrantes

⁵⁹⁵ *Ídem*, p. 70.

⁵⁹⁶ *Ídem*, pag.70.

⁵⁹⁷ *Ídem*, p. 110

indocumentados” del 2003 viene a ser la jurisprudencia consultiva por excelencia sobre DESC en el sistema interamericano.⁵⁹⁸

Esta es una OC desarrollada en virtud de una solicitud hecha por México a fin de manifestarse sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales (a los trabajadores migrantes), y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos así como la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el DIDH, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano.⁵⁹⁹

En esta oportunidad, la CorteIDH se refirió, a solicitud del Estado mexicano, a la interpretación de los art.3.1 y 17 de la Carta de la OEA; el art.2 (igualdad ante la ley) de la DADH, los art. 1.1 (Obligación de respetar derechos), art. 2 (deber de adoptar disposiciones en el derecho interno) y art.24 (igualdad ante la ley) de la CADH; los art. 1, 2 y 7 de la DUDH y los art. 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos.⁶⁰⁰

La CorteIDH tuvo la oportunidad de sentar doctrina en materia de migración ilegal en el continente americano, un gravísimo problema que afecta al ser humano en todos los ámbitos de su vida. Como la consulta se centraba básicamente en el ámbito laboral, la CorteIDH centro su análisis en este aspecto, tocando transversalmente los demás ámbitos para lo cual utilizó como criterio interpretativo la noción extendida de “vida digna”.

⁵⁹⁸ Así lo han manifestado Laurence Burgorgue en BURGORGUE, L., *The inter-american Court of Human Rights. Case Law and commentary*, Oxford, OUP, 2011, pp. 613-640. También lo ha estudiado Christian Courtis en COURTIS, C., *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 203.

⁵⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC 18/03 del 17 de setiembre de 2003, serie A, n°18, párr. 1

⁶⁰⁰ *Íbidem*, párr.3

Así, la CorteIDH manifestó que la no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos los cuales- a la luz del actual DIDH- constituyen normas de orden público internacional. Como consecuencia, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que vayan dirigidas a crear situaciones de discriminación, de hecho o de derecho.⁶⁰¹

Más adelante, la CorteIDH desarrolla una conceptualización de los derechos laborales y señala las obligaciones que tienen los Estados respecto a esos derechos. Para ello, se auxilia de algunas normas de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus familias, partiendo de la definición de “persona trabajadora migrante”. En líneas generales, lo que hace la Corte es desarrollar los derechos laborales en términos generales para luego, por medio del principio interpretativo *pro hominem*, extender su reconocimiento a las migrantes ilegales⁶⁰². En este proceso, la Corte empieza afirmando:

“Los derechos laborales son lo que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a sus trabajadores. Es decir, que los Estados de empleo deben garantizar y respetar a todo trabajador sus derechos consagrados a nivel nacional en las Constituciones políticas, en la legislación laboral, en los convenios colectivos, en los convenios-ley, en los decretos e incluso en las prácticas locales y específicas; o a nivel internacional, en cualquier tratado internacional del que sea parte.”⁶⁰³

Luego de elaborar las fuentes del derecho laboral, la CorteIDH marca la pauta de quienes deben ser comprendidos en el colectivo “trabajador”. Al respecto, afirma:

⁶⁰¹ *Ídem*, párr. 70-110.

⁶⁰² *Ídem*, párr.156.

⁶⁰³ *Ídem*, párr.155

“Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida esta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición (...) Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.”⁶⁰⁴

Posteriormente, la Corte analiza la relación entre las condiciones de vida digna y el goce y ejercicio de los derechos laborales, dentro de los cuales incluye también el derecho a la pensión.⁶⁰⁵ En este sentido, la Corte IDH manifestó que:

“El ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita que ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digna. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar se desarrollo integral como ser humano.”⁶⁰⁶

Siguiendo la línea argumentativa de la Corte IDH, el Estado tiene la obligación de hacer respetar y garantizar los derechos de todos los trabajadores, sin ningún tipo de discriminación. Así manifiesta:

⁶⁰⁴ *Íbidem*, p.125.

⁶⁰⁵ *Íbidem*, párr.150 y 157

⁶⁰⁶ *Íbidem*, párr.130

“El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de estos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.”⁶⁰⁷

En este punto, la Corte IDH pone como ejemplo la violación directa de los derechos laborales de los migrantes por parte del mismo Estado, cuando le deniega el derecho de pensión al trabajador migrante que cotizó y cumplió con todo los requisitos exigidos legalmente o se le deniega las debidas garantías y el derecho a la protección judicial para reclamar sus derechos ante los correspondientes órganos jurisdiccionales.⁶⁰⁸ Finaliza señalando que el Estado tiene obligaciones de carácter positivo en razón que los trabajadores, al ser titulares de derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.⁶⁰⁹ Pero también tiene obligaciones negativas pues son derechos que el mismo Estado debe respetar. Estas dos dimensiones obligaciones deben ser observadas con respecto a la generalidad de derechos humanos reconocidos a los trabajadores migrantes.

Sin embargo, en oportunidad a esta OC, la Corte IDH detalló algunos derechos laborales que deben ser respetados y garantizados por los Estados con respecto a los trabajadores migrantes, entre ellos: a) la prohibición al trabajo forzoso b) la prohibición y abolición del trabajo infantil c) las atenciones especiales para la mujer trabajadora d) los derechos correspondientes a la asociación y a la libertad sindical e) la negociación colectiva f) el salario justo por el trabajo realizado g) la seguridad social h) las garantías judiciales y administrativas i) la duración de la jornada laboral j) las

⁶⁰⁷ *Ídem*, párr. 148.

⁶⁰⁸ *Ídem*, párr.154

⁶⁰⁹ *Ídem*, párr.160

condiciones laborales adecuadas k) el derecho al descanso y la indemnización.⁶¹⁰

3.4.2.2.2 La jurisprudencia contenciosa en materia de DESC

La competencia contenciosa de la CorteIDH constituye su función más importante dentro de su actuación en el SIDH. Ésta se encuentra reconocida en el art. 62 de la CADH, la cual señala que la Corte IDH puede conocer de casos en contra de un Estado que haya ratificado la CADH siempre que este también hubiera formulado expresamente una “declaración especial” de aceptación de la competencia contenciosa de la CorteIDH. Una vez efectuada dicha declaración, esta se convierte en *cláusula pétrea* y por tanto, el Estado, bajo ninguna circunstancia, la puede retirar⁶¹¹.

Por ello, una intención de “retiro” de la declaración sólo surtiría efectos si el Estado lleva a cabo el proceso internacional de “denuncia”⁶¹² de la CADH y la Corte IDH aceptara que el Estado no forme ya parte de la CADH. Según los expertos, lo dicho es altamente improbable en vista de la interpretación extensiva de los derechos protegidos en la CADH y la interpretación conforme al objeto y fin del tratado, lo que lleva a la CorteIDH a interpretar la CADH de manera progresiva, no regresiva.

En consecuencia, el reconocimiento de la competencia contenciosa de la CorteIDH constituye el nivel más elevado en el sistema de garantías institucionales del SIDH pues el hecho de que la Corte IDH pueda conocer

⁶¹⁰ *Ídem*, párr.157.

⁶¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso “Tribunal Constitucional” vs. Perú*, Competencia, Sentencia del 24 de setiembre de 1999, Serie C, núm. 54; y *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Competencia, sentencia del 24 de setiembre de 1999, Serie C, Núm.55.

⁶¹² Proceso especial previsto en los art. 55 y 56 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

de casos individuales de violación de derechos humanos convencionales constituye una “cuarta instancia” internacional de protección jurisdiccional de los derechos humanos en el continente americano⁶¹³.

La interpretación que desarrolla la Corte IDH respecto a los derechos humanos en el continente americano a través de su jurisprudencia contenciosa y consultiva es vinculante para todos los Estados Partes que se hayan sometido a su competencia. Esto no significa que respecto a los Estados que no la han reconocido no haya ninguna vinculación. Al contrario, la Corte IDH es el órgano competente para interpretar los derechos convencionales por lo cual estos derechos vinculan a la totalidad de los Estados firmantes de la CADH tal cual el tenor que le haya dado la Corte IDH en su jurisprudencia contenciosa y consultiva, sin más. Además, la Corte IDH también ha manifestado su competencia para interpretar los derechos humanos contenidos en la Carta de la OEA y en la DADH, en base al principio por el cual es el único competente para delimitar su propio ámbito de competencia (*compétence de la compétence*)⁶¹⁴.

La Corte IDH sólo recibe denuncias individuales respecto de violaciones de los Estados partes de la CADH que se hayan sometido a su jurisdicción contenciosa. Debido a circunstancias propias del SIDH, se destaca que la Corte IDH no conoce de la totalidad de los casos que alegan violaciones de derechos humanos por los Estados, sino que estos son pre-juzgados en el seno de la CIDH quien decide -en base a los hechos alegados, a las pruebas y a la pertinencia del tratamiento de los derechos violados- si amerita o no su presentación a la Corte IDH. Esto explica porque, durante muchos años, la

⁶¹³ De los 34 Estados que ratificaron la CADH, 22 han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH entre los cuales se encuentran la totalidad de países iberoamericanos además de Brasil, Barbados, Haití, Suriname y Trinidad y Tobago.

⁶¹⁴ El principio de “competence de la compétence” ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH. Este es especialmente desarrollado en la jurisprudencia del caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* (1999) y *Tribunal Constitucional vs. Perú* (1998) donde afirmó que la Corte tiene la facultad inherente de determinar el alcance de su propia competencia. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Competencia, sentencia del 24 de setiembre de 1999, Serie C, núm. 54; y *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*, Competencia, sentencia del 24 de setiembre de 1999, Serie C, Núm. 55.)

Corte IDH sólo conoció de casos en los cuales se alegaban violaciones a derechos civiles y políticos y no respecto a los DESC.

Siendo la CADH un tratado más de corte liberal que social y debido a la coyuntura política americana de los años 70 y 80, la Corte IDH desarrolló una vasta jurisprudencia en torno a los derechos civiles y políticos, más no tuvo oportunidad de pronunciarse respecto a los DESC. Sin embargo, a partir de mediados de los años 90, la Corte IDH ha desarrollado una discreta jurisprudencia contenciosa en materia de DESC, la cual se ha desarrollado básicamente por dos vías: 1) la vía indirecta, por medio de la interpretación en clave social de los derechos civiles y políticos o de la interpretación de estos en conexidad con los DESC y 2) la vía directa, a través de la aplicación judicial de los art. 6.2 (prohibición del trabajo forzoso) y art. 26 de la CADH (desarrollo progresivo de los DESC)⁶¹⁵.

a) *Protección por vía indirecta*

Desde un primer momento, la Corte IDH ha preferido reconocer los DESC, no por la vía directa, si no en forma tangencial, en los procesos en los que se manifestaba respecto a las violaciones de derechos civiles y políticos. Esto se explica si analizamos la misma redacción de la CADH la cual ofrece más oportunidades a la Corte IDH de desarrollar los derechos civiles y políticos, por el amplio espectro interpretativo que ofrece cada uno de estos derechos.

En este sentido, la Corte IDH se ha sentido más segura y legitimada al desenvolverse en el ámbito de posibilidades que le ofrecen los derechos civiles y políticos para garantizar los DESC⁶¹⁶. AGUILAR ha detectado hasta

⁶¹⁵ AGUILAR, G., “La Corte Interamericana...” *op.cit.* pp.28

⁶¹⁶ Al respecto, afirma MELISH: “rather than recognizing the autonomous rights of individuals to health, education or adequate housing under the Convention, the Inter-american Court of Human Rights has opted for a canopy approach, subsuming these basic rights, all of which are necessary for the development of a dignified life, into a broadly understood concept of the “right to life” and, more

tres mecanismos de protección indirecta de los DESC en el SIDH. En estos casos, la CorteIDH: 1) por medio de la conexidad, ha afirmado que la vulneración de los derechos civiles y políticos a la vez vulneran DESC y 2) ha afirmado que la violación de los derechos civiles y políticos invocados tienen efectos comunitarios, es decir que afectan a un colectivo vulnerable de la sociedad a la que hay que dar especial atención y cuidado. Además, la Corte IDH ha garantizado DESC por vía indirecta en las reparaciones de los procesos principales en materia de derechos civiles y políticos. En el fondo, en estos casos, la Corte IDH otorga *de facto* protección a los DESC⁶¹⁷.

A continuación, analizaremos los casos paradigmáticos en los cuales la CorteIDH ha reconocido a los DESC por vía indirecta. Primero nos referiremos a los casos en los cuales ha reconocido DESC por medio del principio de conexidad con los derechos civiles y políticos. Luego mencionaremos algunos casos paradigmáticos en los cuales la CorteIDH ha otorgado protección por medio de las reparaciones.

En mayor medida, la CorteIDH ha reconocido DESC por vía de conexidad de éstos con el derecho a la vida en su versión extendida de “vida digna”. Sobre esto se manifestó en el paradigmático caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*⁶¹⁸ del año 2006. Esta es la primera vez que la Corte tiene la oportunidad de tratar el tema de derechos de las personas discapacitadas, en especial, de los discapacitados mentales. Este caso se trata de la muerte de Damiao Ximenes Lopes mientras se encontraba bajo tratamiento psiquiátrico en una clínica de salud mental privada que operaba como parte del sistema público de salud de Brasil.

Con esta sentencia, la CorteIDH avanzó hacia la consideración de dimensiones relativas a los derechos a la vida y a la integridad personal

specifically, “the right to harbor a project of life” (MELISH, T., “The Inter-american Court of human rights: Beyond progressivity”, en LANGFORD, T. (ED.), *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge University Press, New York, 2008, pp. 372.)

⁶¹⁷ AGUILAR, G., “La Corte Interamericana...”, *op.cit.*, pp.30.

⁶¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C n° 149.

presentes en el trato que toda persona tiene con un servicio considerado esencial para alcanzar el estándar de vida adecuado: los servicios de atención médica, directamente relacionado con el derecho a la salud. Desarrolla ampliamente las obligaciones positivas estatales con respecto a los servicios privados de salud y el desarrollo del *deber de regular*⁶¹⁹, la especial consideración de las necesidades de las personas con discapacidades centrándose en el caso de los discapacitados mentales⁶²⁰, la especial consideración y atención de las personas internadas en instituciones psiquiátricas y el desarrollo del *deber de cuidar*⁶²¹, todas estas interpretaciones en base a la noción de “vida digna”.

Finalmente, la CortelDH recurre a la protección indirecta de los DESC a través de la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. En este sentido, la Corte encuentra responsable a Brasil por:

“(…)incumplir, en el presente caso su deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de la salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los art. 4 y 5 de la CADH.”

Finalmente, cabe mencionar que en esta sentencia, la CortelDH afirma que la salud es un bien público que justifica y legitima el ejercicio del poder público y cuya protección está a cargo de los Estados⁶²². La Corte considera que:

“Los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales

⁶¹⁹ *Ídem*, párr. 90

⁶²⁰ *Ídem*, párr.109

⁶²¹ *Ídem*, párr. 138, 139 y 140

⁶²² *Ídem*, párr.89

servicios es de carácter público o privado (...) La obligación de los Estados de regular no se agota por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.”⁶²³

La técnica de “conexidad” de los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales también es aplicada por la Corte IDH en el caso *Baena Ricardo vs. Panamá*⁶²⁴, donde la Corte IDH utiliza el potencial del art. 16, sobre libertad de asociación, extendiendo su ámbito de protección a la libertad de asociación sindical.

En esta oportunidad, la Corte constata la violación del art. 16 de la CADH en relación a una ley retroactiva que afectaba la libertad de asociación sindical de 210 funcionarios y aprovecha para definir un alcance mediano del derecho a la libertad de asociación sindical sobre la cual manifiesta que es:

“(...)la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho.”⁶²⁵

Posteriormente, en el caso *Huilca Tecse vs. Perú*⁶²⁶ del año 2005, la Corte IDH condena al Estado Peruano por la violación de los art. 4 (derecho a la vida) y art. 16 (sobre libertad de asociación) en el caso relacionado al asesinato del líder sindical peruano a comienzos de los años 90 y decide llevar a cabo algunos importantes desarrollos jurisprudenciales en materia sindical.

⁶²³ *Ídem*, párr.90

⁶²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Baena Ricardo vs. Panamá*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 3 de febrero del 2001, Serie C, Núm. 72.

⁶²⁵ *Ídem*, párr.150

⁶²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 3 de marzo del 2005, Serie C, Núm.121.

Así, relacionando la actividad sindical de Huilca y las razones de su muerte, la CorteIDH consideró que el Estado era responsable por haber sido incapaz de responder apropiadamente a la ejecución extrajudicial del líder, vulnerando la dimensión individual (en perjuicio de la víctima), pero también colectiva (en perjuicio de la comunidad) del derecho a la libertad sindical⁶²⁷. Posteriormente, la CorteIDH impone al Estado la obligación positiva de “garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna”⁶²⁸. En este caso, la Corte IDH reafirma la teoría de la “doble dimensión” de los derechos, que ya venía utilizando en su función garantista del derecho a la libertad de expresión.

En el caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*⁶²⁹ del año 2007, la CorteIDH nuevamente encuentra la oportunidad para seguir desarrollando el derecho a la libertad sindical. Aquí extiende la obligación positiva estatal de garantizar este derecho. Afirma la CorteIDH que:

“De la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita.”⁶³⁰

En este sentido, la CorteIDH afirma que es esencial para garantizar la dimensión colectiva del derecho a la libertad sindical, investigar de forma efectiva acerca de los crímenes contra dirigentes sindicales debido al “efecto amedrentador que impide el ejercicio de los derechos sindicales”.⁶³¹ En esta sentencia, la Corte reconoce también que:

⁶²⁷ *Ídem*, párr. 70

⁶²⁸ *Ídem*, párr. 77

⁶²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10 de julio del 2007, Serie c, Núm. 167.

⁶³⁰ *Ídem*, párr. 144

⁶³¹ *Ídem*, párr. 146

“La libertad de asociación en materia sindical no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a la formación de sindicatos, sino que incluye y sobre todo de manera indisociable el derecho de utilizar todos los medios necesarios para ejercer dicha libertad”.⁶³²

Esto significa un importante avance en materia de libertad sindical pues algunos teóricos reconocen la posibilidad de que la CorteIDH esté incluyendo entre estos “medios” los derechos a la huelga y a la negociación colectiva.⁶³³

Otro caso paradigmático, esto debido a su amplio desarrollo jurisprudencial en materia de DESC, es el de *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*⁶³⁴ del año 2005. En esta oportunidad, la Corte IDH interpreta el derecho a la propiedad en clave social, como derecho colectivo de una comunidad indígena a la propiedad de sus tierras ancestrales y lo relaciona con el derecho a la vida en su extensión de “vida digna”. A la vez, también tiene oportunidad de reconocer las implicancias sociales de los derechos a la protección judicial y a las garantías judiciales. Aquí, la Corte IDH encontró a Paraguay responsable por la violación del derecho a la propiedad (art.21) y el derecho a las garantías judiciales (art.8) y a la protección judicial (art.25), reconocidos en la CADH y manifestó:

“El Estado no ha garantizado el derecho a la propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraría en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, lo anterior ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros a acceder a la propiedad y posesión de su territorio y ha

⁶³² *Ídem*, párr. 70

⁶³³ BOURGORGE, L., *The inter-american Court...*, op.cit., p.123

⁶³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio el 2005, Serie C, Núm. 125.

implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica sanitaria, que amenaza de forma continua la supervivencia de los miembros de la comunidad y la integridad de la misma”⁶³⁵.

En este caso, desarrolló jurisprudencia respecto al deber de los Estados de garantizar el acceso a los medios judiciales reivindicativos de la propiedad de las tierras ancestrales sobre la cual se asientan las comunidades indígenas debido a que, en el presente caso, encontró responsable a Paraguay respecto a los derechos de protección judicial y garantías judiciales por no establecer procedimientos efectivos para la solicitud de reivindicación de las tierras ancestrales.

Respecto al derecho a la propiedad en clave social, la CorteIDH reafirma la interpretación garantista desarrollada en el caso *Awás tigni vs. Nicaragua* en el cual consideró que en el caso de tratarse de comunidades o pueblos indígenas, el derecho de la propiedad debe ser entendido como derecho colectivo o comunal de las tierras ancestrales. Esto relacionado con el significado de estas tierras para la comunidad, tanto como asidero cultural como medio natural de supervivencia. Respecto a esto, la CorteIDH afirma que:

“(…) Los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.”⁶³⁶

Luego, reconoce que la vulneración del derecho a la propiedad ancestral podría significar la afectación de otros derechos básicos del colectivo, sobre todo los relacionados a la preservación de la propia cultura y a la vida y a la

⁶³⁵ *Ídem*, párr. 2

⁶³⁶ *Ídem*, párr. 146

integridad física. Con respecto al derecho a la vida y su interrelación e independencia con los DESC queda establecido cuando la Corte afirma:

“Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y a la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros (...) Este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades.”⁶³⁷

Relacionado con este punto, la CorteIDH manifestó que:

“Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas, el acceso a sus tierras ancestrales y el uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.”⁶³⁸

En este caso, refuerza la doctrina de la interdependencia al afirmar que los Estados, respecto de los derechos civiles y políticos, no sólo tienen obligación de abstención, sino también obligaciones positivas. En este sentido, señala que “(...) una de las obligaciones que ineludiblemente debe

⁶³⁷ *Ídem*, párr. 168

⁶³⁸ *Ídem*, párr. 167

asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan.” Consecuentemente, el Estado tiene “el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”⁶³⁹.

Lo más significativo de esta sentencia es que a través del derecho a la propiedad ancestral y su relación con el derecho a la vida digna se reconocen todo un catálogo de DESC. La CortelIDH aplica en esta sentencia el mecanismo de justiciabilidad indirecta para determinar vulneraciones de DESC, lo cual conduce a concluir que los DESC son justiciables⁶⁴⁰. El método fue reconocer un amplísimo catálogo de DESC a la luz del art. 4 de la CADH, en relación con el deber general de garantía contenido en el art.1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el art. 26 de la misma y de los art. 10 (derecho a la salud), art.11 (derecho a un medio ambiente sano), art.12 (derecho a la alimentación), art. 13 (derecho a la educación) y el art. 14(derecho a los beneficios de la Cultura) del PA-CADH además de las normas de protección de los pueblos indígenas del Convenio N°169 de la OIT.⁶⁴¹

Otro método de protección y garantía de los DESC que ha aplicado la CortelIDH es la de protegerlos por vía de reparaciones del proceso principal. Así, incluye entre las medidas reparatorias que ordena en las sentencias condenatorias de los Estados una gama de medidas positivas con el fin de proteger los derechos de los ciudadanos relacionados con la salud, la educación, derechos laborales y en general, casi la totalidad de los DESC⁶⁴².

⁶³⁹ *Ídem*, párr. 171

⁶⁴⁰ AGUILAR, G., “La Corte Interamericana...”, *op.cit.* pp. 38.

⁶⁴¹ *Ídem*, párr. 163.

⁶⁴² AGUILAR, G., “La Corte Interamericana...”, *op.cit.*, pp. 40

Este mecanismo indirecto de protección de los DESC está basado en el principio consagrado en la jurisprudencia del caso *Airey* de 1979 de la Corte Europea de Derechos Humanos, según el cual todos los derechos tienen consecuencias o extensiones económicas, sociales y culturales⁶⁴³. Ha sido adoptado en casi la totalidad de sentencias de la CorteIDH, entre las cuales podemos mencionar el caso *Pueblo Indígena Kichwa vs. Ecuador* del 2012 donde se ordenó la creación de un fondo para que la Comunidad pueda invertir en servicios de educación, salud, seguridad alimentaria entre otras necesidades básicas⁶⁴⁴; y también el caso de *Campo algodnero vs. México* del 2009⁶⁴⁵, donde dispuso que el Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación de derechos humanos y género así como la constante capacitación con perspectiva de género de los funcionarios públicos y para la población del estado mexicano de Chihuahua a fin de erradicar la violencia de género.⁶⁴⁶

b) Protección por vía directa

Como referencia general al modus de justiciabilidad de los DESC en el SIDH, TARA MELISH detecta hasta tres vías a través de las cuales puede hacerse uso directo de los DESC en el litigio interamericano. En primer lugar, se refiere a aquellos derechos que, fundados en la DADH, pueden invocarse para litigar casos ante la Comisión contra los Estados Americanos que no han ratificado la CADH ni han reconocido la competencia contenciosa de la

⁶⁴³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case of Airey vs. Ireland*, 9 october 1979, Serie A, Num. 32.

⁶⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad Indígena Kichwa vs Ecuador*, sentencia del 27 de junio del 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C.

⁶⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Campo algodnero vs. México*, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Fondo, reparaciones y costas, Serie C, núm.

⁶⁴⁶ Ídem, párr.602.

CortelDH. En segundo lugar, se encuentran aquellos derechos que pueden ser invocados al amparo del art.26 de la CADH, contra los Estados que han ratificado este instrumento. Finalmente, señala aquellos derechos que pueden ser invocados bajo los art. 8.1 a) y 13 del Protocolo de San Salvador en relación con los Estados que lo hayan ratificado⁶⁴⁷.

En el caso exclusivo del ejercicio de la competencia contenciosa de la CIDH (es decir, con referencia exclusiva a los últimos dos supuestos anteriores), la protección por vía directa se refiere a los casos en los cuales la CortelDH ha tenido la oportunidad de aplicar judicialmente los DESC, sin aplicar derechos civiles o políticos. Esta protección por vía directa se da cuando las partes han invocado el art. 26 de la CADH; también en los casos en los cuales se ha alegado la violación del art. 6.2 (sobre prohibición de trabajo forzoso) y el art. 17 (sobre protección a la familia) de la CADH y cuando se invoca la protección directa de los art. 8 a) (sobre derecho a la sindicalización) y el art. 13 (derecho a la educación) del Protocolo de San Salvador.

Aún hoy no hay un caso en el cual la CortelDH haya reconocido como violado el art. 26 ni tampoco el art. 17 de CADH, pero si hay un caso en el cual la CortelDH responsabilizó a un Estado por la violación al art. 6.2. Este es el *Caso de la Masacres de Ituango vs. Colombia*⁶⁴⁸ del año 2006, en el cual la CortelDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la violación de la prohibición del trabajo forzoso.

El caso está relacionado con la actividad de las fuerzas públicas colombianas, donde se demostró que a través de la coacción y del terror, grupos paramilitares sometieron a la población civil en el Municipio de Ituango a trabajos forzados, privándolos de su libertad. En el mencionado caso, la CortelDH interpretó la prohibición del trabajo forzoso a la luz del art.

⁶⁴⁷ MELISH, T., "Rethinking the Less as More Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas" EN: *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 9, New York, 2006, pp.171 y ss.

⁶⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 1 de julio del 2006, Serie C, n°148.

2.1 del Convenio n°29 de la OIT y responsabilizó al Estado colombiano por la violación del art. 6.2 de la CADH.

Por otro lado, señalan los expertos en la materia que el caso *Cinco pensionistas vs. Perú*⁶⁴⁹ fue la primera gran oportunidad de la CortelDH de desarrollar jurisprudencia respecto a la violación del art. 26 de la CADH sobre desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y sin embargo, tuvo un decepcionante desempeño⁶⁵⁰.

Este caso fue llevado a la CortelDH debido a que se trataba de una abrupta modificación del Sistema Nacional de Pensiones que afectaba a los cinco pensionistas del caso, a quienes se les quiso aplicar retroactivamente una ley que recortaba significativamente las pensiones que venían percibiendo de forma regular conforme a la legislación peruana hasta 1992. Además, en el ámbito interno de exigibilidad del derecho, se había incumplido las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú, los cuales ordenaron a órganos del Estado peruano a pagar a los pensionistas una pensión por el monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que estos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen de pensiones.⁶⁵¹

A pesar que las partes (la CIDH y las víctimas) alegaron la violación por parte del Estado del art. 26, la CortelDH rechazó esta pretensión en base a que- según la Corte- la violación de dicho artículo no se mide en función de las circunstancias particulares de un grupo de pensionistas, sino que la violación del art. 26 debe darse respecto a la población del Estado en general. En este sentido, manifestó la CortelDH:

⁶⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso cinco pensionistas vs. Perú*, Fondo y reparaciones, sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C, N°98.

⁶⁵⁰ VENTURA, M., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales” en *Revista IIDH*, San José, vol. 40,2004, pp. 88-131

⁶⁵¹ *Ídem*, párr. 2

“Los derechos económicos, sociales y culturales tiene una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de esta Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de equidad social y no en función de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.”⁶⁵²

La sentencia del caso *Cinco pensionistas vs. Perú* ha sido ampliamente criticada por la doctrina precisamente por el párrafo textualmente citado. Se ha escrito mucho sobre la confusión de la Corte entre la dimensión colectiva de los derechos y la escala nacional⁶⁵³ o sobre la discreción de la Corte de analizar la totalidad de una política pública a través de un caso contencioso. En fin, es criticada por el sentido de su interpretación de derechos que algunos han llamado “incongruente” y que lleva a pensar que la CorteIDH, a pesar del desarrollo garantista de los DESC por la vía indirecta, en este caso no había querido ser tan garantista por la vía de protección directa.

Finalmente, en este caso, la CorteIDH volvió al garantizar DESC por la vía indirecta, garantizando el derecho a la pensión de los cinco pensionistas a través de la concepción de la pensión como una manifestación del derecho de propiedad (art. 21 CADH) basándose en la teoría civilista de los derechos adquiridos. Además se garantizó el derecho a la protección judicial (art.25 CADH) donde aplicó la teoría de los actos propios y reconoció que este derecho había sido vulnerado en el presente caso en el proceso judicial llevado a cabo al interior del Estado.

⁶⁵² Ídem, párr. 147.

⁶⁵³ En este caso tenemos el voto concurrente del juez interamericano Sergio García Ramírez: “Entiendo que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o e un sector de éste (...) La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada “justiciabilidad de aquellos”, que ha avanzado en un plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional.” *Ídem*.

En un claro ejemplo de la voluntad de la CortelDH de desarrollar una jurisprudencia garantista de los DESC a fin de hacerlos efectivos y aún más, justiciables, en el 2009 desarrolla su jurisprudencia más audaz en materia de DESC con la sentencia del caso *Acevedo Buendía vs. Perú*⁶⁵⁴. Esta es la primera vez que toma posición de forma expresa acerca del alcance de la cláusula de progresividad contenida en el art.26 de la CADH.

En la Corte IDH se había hecho muy frecuente la presentación de casos en materia pensionaria contra el Estado peruano. Éste era uno de ellos. Pero aquí, la Corte IDH quiso hacer algo distinto para desarrollar jurisprudencialmente el art. 26. En este caso, las víctimas eran parte de una Asociación de jubilados de la Contraloría General de la República quienes se quejaban del incumplimiento de dos sentencias del Tribunal Constitucional Peruano a su favor que imponían a la Contraloría el pago a favor de la Asociación de una parte de su jubilación, la cual había sido recortada por el gobierno mediante Decretos-Leyes⁶⁵⁵. Con la experiencia en el *caso cinco pensionistas*, en esta oportunidad la Comisión Interamericana decidió no invocar la violación del art. 26 de la CADH, sino que organizó su defensa en base a los art.21 (derecho de propiedad) y el art.25 (derecho a la protección judicial). Sin embargo, los representantes de las víctimas invocaron el art.26 en conjunto con el art.1 de la CADH.

A pesar de que la CortelDH decidió no pronunciarse respecto a la violación del referido art. 26, aprovechó la oportunidad para sentar la posición jurídica de los DESC en la CADH. En efecto, manifestó que se trata de derechos protegidos y se encuentran vinculados con las obligaciones generales de los art.1 y 2 de la CADH. Esto sin necesidad de acudir a otros instrumentos internacionales sobre DESC- como el PF-CADH- el cual había sido objeto de

⁶⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas, sentencia del 1 de julio de 2009, Serie C, N°198.

⁶⁵⁵ *Ídem*, párr. 2.

una excepción preliminar *ratione materiae* por parte del Estado Peruano.⁶⁵⁶

Así, la CorteIDH señaló:

“Resulta pertinente observar que si bien el art. 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos económicos, sociales y culturales”, se ubica también en la parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los art.1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”, así como los art. 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos civiles y políticos)”⁶⁵⁷.

Posteriormente, reafirma la eficacia integral de los derechos humanos y el principio de indivisibilidad e interdependencia así como la igualdad jerárquica de los derechos y la exigibilidad judicial de los DESC. En este sentido:

“(se) considera pertinentes recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ellos.”⁶⁵⁸

En esta línea argumentativa, consagró definitivamente en su jurisprudencia dos principios del DIDH en materia de DESC: 1) el principio de desarrollo progresivo y consecuentemente 2) el principio de prohibición de regresividad, los cuales ya han sido ampliamente desarrollados por el Comité de los DESC de la ONU. En lo referente al principio de desarrollo progresivo, la CorteIDH manifestó que:

⁶⁵⁶ El Estado Peruano invocó la excepción preliminar *ratione materiae* donde rehusó la competencia de la Corte para decidir a propósito de la violación del derecho a la seguridad social que, según él, ni la CADH ni el Protocolo protegían. La CorteIDH desestimó tal excepción afirmando que tenía la *compétence de la compétence* para determinar el alcance de su propia competencia. (Ídem, párr. 16.)

⁶⁵⁷ Ídem, párr. 100.

⁶⁵⁸ Ídem, párr. 101

“El Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.”⁶⁵⁹

Además, respecto al principio de prohibición de regresividad afirmó que en materia de DESC y relacionado con el principio de desarrollo progresivo:

“Se desprende un deber- si bien condicionado- de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales ha señalado que: “las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que (el Estado) disponga. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible o no con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.”⁶⁶⁰

Con esta sentencia, la CorteIDH reconoce la justiciabilidad de los DESC respecto a la no adopción de medidas, la adopción de medidas ineficaces

⁶⁵⁹ Ídem, párr. 102

⁶⁶⁰ Ídem, párr.103

para la garantía de los DESC así como la adopción de medidas regresivas no justificadas por parte de los Estados parte de la CADH. Sin embargo, a pesar del gran avance que significó esta sentencia en cuanto reconocimiento de los DESC como derechos exigibles en el ámbito interamericano, la CortelDH- al igual que lo hiciera en el caso *Cinco pensionistas*- no declaró la violación de los DESC amparados en el art. 26 de la CADH.

En el 2012 nuevamente tuvo la oportunidad de desarrollar jurisprudencia respecto al art.26 de la CADH con el caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*⁶⁶¹. Esta vez, la CIDH declaró al Estado ecuatoriano responsable por la violación de los derechos de consulta, el derecho a la propiedad comunal indígena y el derecho a la identidad cultural además de los derechos a la vida y a la integridad personal y a las garantías judiciales y protección judicial. Aunque las partes alegaron la violación del art. 26, la Comisión Interamericana no la alegó ante la Corte IDH por considerar que no contaba con suficientes pruebas para ello. Sin embargo, la Corte IDH, en ejercicio de su competencia, pudo haberlo sometido en el caso. Sin embargo, la Corte- fiel a su estilo reservado- decidió tutelar el interés de las víctimas a través- una vez más- de la vía indirecta.

3.5 La aplicación por parte de la Jurisdicción Constitucional peruana de las disposiciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales

En el análisis del impacto que tienen las normas jurídicas internacionales en materia de DESC en el derecho interno de los Estados, es fundamental remitirnos a la Constitución Política de cada Estado. Por esta

⁶⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Pueblo indígena de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia del 27 de junio del 2012, Fondo y reparaciones, Serie C, N°.

vía, el Estado ubica las normas en materia de derechos humanos de naturaleza internacional en su derecho doméstico.

Independientemente del rango que la Constitución otorgue a las normas sobre derechos humanos de naturaleza internacional, es importante recordar que el Estado no puede dejar de cumplir sus obligaciones internacionales invocando su derecho interno⁶⁶². Constituye norma *ius cogens* del Derecho Internacional que los Estados deben adaptar su normatividad interna a fin de poder cumplir con sus obligaciones internacionales. Y en este sentido, las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos no son la excepción.

En principio, el DIDH reconoce la soberanía de Estado para crear los mecanismos internos necesarios a fin de cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, los sistemas de protección de derechos humanos-en virtud a la competencia en materia de derechos humanos cedida por los propios Estados- pueden intervenir para asegurarse que los derechos protegidos en el DIDH no sean violados⁶⁶³. En este aspecto, es importante analizar la forma como el Estado reacciona ante esta “intervención”, ya sea en el proceso de creación de normatividad internacional y su impacto en el derecho interno, como en el proceso de decisión respecto a violaciones de derechos y la ejecución de estas sentencias u observaciones por parte de los tribunales jurisdiccionales domésticos⁶⁶⁴.

3.5.1 *El rango constitucional de los Tratados en materia de Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993*

⁶⁶² CONVENCION DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS, art. 26.

⁶⁶³ Al respecto profundiza NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Teoría y dogmática de los Derechos fundamentales*, IIJ-UNAM, México, 2003, p.394.

⁶⁶⁴ “Consistente con lo anticipado, no está de más recordar que tanto en la fase inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto -en su caso- en la etapa de ejecución de sentencia de condena internacional, la intervención de los órganos competentes resulta ineludible”. (BAZÁN, V., “El derecho internacional...”, op.cit., p.270.)

El reconocimiento de los Tratados en materia de Derechos Humanos a nivel constitucional se dio en Perú -por primera vez- con la Constitución Política de 1979. Esta Constitución- en su art. 105- estipulaba que los preceptos contenidos en los Tratados relativos a Derechos Humanos tenían jerarquía constitucional y no podían ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución. También el art. 101- luego de establecer que los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados formaban parte del derecho nacional- determinaba que, en caso de conflicto entre el Tratado y la Ley, prevalecía el primero.

Esta “feliz relación” entre el derecho interno y el Derecho internacional no fue retomada por la posterior Constitución Peruana de 1993. Un gran sector de la doctrina constitucionalista peruana constata la degradación jerárquica de los tratados en materia de derechos humanos⁶⁶⁵. Señala BAZÁN que un examen estrictamente literal de los preceptos constitucionales de uno u otro instrumento llevarían a apoyar la posición de este sector doctrinal, pues es objetivamente cierto que en la Constitución peruana de 1993 no se retoma ni art. 101 de la Constitución de 1979 ni el art. 105, así como tampoco la Décimo sexta disposición general constitucional, la cual ratificaba constitucionalmente la CADH⁶⁶⁶.

Sin embargo, coincidimos con RUBIO que, por la vía de interpretación constitucional constructiva y con efecto útil y empleando los principios hermenéuticos del DIDH, es posible sostener que no existe tal degradación constitucional. Al contrario, la Constitución de 1993 conserva el rango constitucional de los tratados de Derechos Humanos donde además se generan las consecuencias que esa jerarquía conlleva, incluida la de poder

⁶⁶⁵ BAZÁN, V., “El derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno” en *Justicia Constitucional, Derecho supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*, Lima, GRIJLEY, 2007, p.277.

⁶⁶⁶ BAZÁN, V., “El derecho internacional...”, op.cit., 247.

ser defendidos mediante las garantías estatuidas en el art. 200 de la Constitución vigente.⁶⁶⁷

Esta interpretación sistemática y constructiva del sistema de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico peruano se sustenta en la concordancia del art. 3 -sobre derechos fundamentales innominados-, el art. 44 -referido a que uno de los deberes primordiales del Estado consiste en garantizar la plena vigencia de los derechos humanos-, el art. 57 -referido al necesario procedimiento de reforma constitucional cuando un tratado afecte disposiciones constitucionales- y la Cuarta Disposición Final y Transitoria- (CDFT) -referida a que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

Además, con la aprobación del Código Procesal Constitucional (CPCConst.) en el 2004, se consolidó la tendencia del Tribunal Constitucional Peruano de reconocer -vía interpretación- el rango constitucional de los derechos humanos internacionales.

En este contexto, el art. V del Título Preliminar establece que:

“El contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el mismo deben interpretarse de conformidad con la DUDH, los tratados Internacionales en materia de derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales relativos al aludido campo temático, constituidos según tratados de los que el Perú sea parte”.

⁶⁶⁷ RUBIO CORREA, M., “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución Peruana de 1993”, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N°5, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1998, p.102.

Si bien la primera parte del citado artículo repite literalmente la CDFT, el significativo avance en materia de reconocimiento de las normas internacionales de derechos humanos lo desarrolla en la segunda parte del artículo. Aquí es donde el Estado peruano asume internamente su obligación internacional e institucionaliza el acatamiento de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales internacionales establecidos por Tratado en la materia.

En la misma línea, el art. 79 del CPCConst. establece que:

“En la labor de apreciación de la validez constitucional de las normas en los procesos de acción popular e inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional tendrá en consideración, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan sancionado para establecer la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.”

Tanto el art. V del Título preliminar como el art. 79 refieren a proceder mediante una interpretación sistemática de los derechos fundamentales, para lo cual se deben considerar en paridad el derecho doméstico como el derecho internacional. En este sentido, el CPCConst. se sincroniza en la “lógica subyacente en el ordenamiento jurídico peruano encaminado a elevar jurídica y axiológicamente a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y a acatar las decisiones de los órganos jurisdiccionales erigidos por éstos”⁶⁶⁸.

En el caso peruano, resulta imprescindible establecer institucionalmente la interrelación entre las normas del derecho interno y las de naturaleza

⁶⁶⁸ BAZÁN, V., “El derecho internacional ...”, *op.cit.*, p.277.

internacional en materia de derechos humanos, debido a la historia peruana reciente que vio desquebrajada la institucionalidad de la democracia y los derechos fundamentales. Institucionalizar esta sincronización supone- en palabras de BAZÁN- una especie de “inmunización institucional” para prevenir cualquier eventual intento de desconocimiento de los derechos fundamentales por parte de los gobiernos de turno⁶⁶⁹. Esta situación no es gratuita, ya que surge a partir de lo sucedido durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori, quien pasando por alto todas las garantías democráticas institucionales, no tuvo reparos en rechazar cumplir con las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos al desconocer determinadas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Perú.

El desconocimiento de las sentencias del caso *Castillo Petruzzi* y del caso *Loayza Tamayo* de 1999 generó un conflicto político entre el Estado peruano y la CortelDH, la cual al ver que las sentencias emitidas eran totalmente rechazadas por el Estado, reclamaba que el Estado peruano se “ponga en derecho” y ejecute sus sentencias, en vista que estaban por ver la luz también las sentencias del caso *Ivcher Bronstein* y el caso *Tribunal Constitucional*. En aquella oportunidad, el gobierno antidemocrático de Fujimori puso a prueba la eficacia del SIDH y, al verse presionado por la CortelDH y sus sentencias condenatorias, decidió presentar el llamado “retiro con efectos inmediatos⁶⁷⁰” del Estado peruano de la competencia contenciosa de la CortelDH.

Aquí no vamos a ponernos a analizar al detalle este hecho. Lo que sí es importante destacar es que finalmente el pretendido “retiro” no prosperó pues la CortelDH fue bastante efectiva al frenar las intenciones anti democráticas del gobierno fujimorista. Así, en las sentencias del caso *Baruch Ivcher* y del caso *Tribunal Constitucional* de 1999, la CortelDH rechazó el

⁶⁶⁹ *Ídem*, p.276.

⁶⁷⁰ Aprobado mediante Resolución Legislativa 27. 152 el 8 de julio de 1999.

“retiro con efectos inmediatos” de la competencia contenciosa aplicando una interpretación teleológica y progresiva de la CADH.

No podemos negar que, aún hoy, existen voces entre los actores políticos peruanos que buscan rechazar las decisiones emitidas por los Órganos Internacionales de protección de Derechos humanos y algunos otros que reclaman la soberanía absoluta del Estado peruano en esta materia. Sin embargo, consideramos que en general, existe una sana relación entre el Estado peruano y el SIDH. Y esto, en gran medida, por la labor del Tribunal Constitucional como garante de los derechos fundamentales el cual ha sabido desarrollar una nutrida jurisprudencia integradora de los derechos fundamentales constitucionales y el DIDH.

Concluimos entonces que, según la Constitución Peruana de 1993, los tratados en materia de Derechos Humanos tienen rango constitucional. Esto significa que las disposiciones en materia de derechos fundamentales contenidas en la Constitución se interpretarán de acuerdo a lo señalado en los tratados de los cuales Perú sea parte y conforme a los que sobre ellos interpreten los órganos competentes. En materia de derechos sociales, esto significa que estos derechos contenidos en la Constitución Peruana de 1993 serán interpretados- principalmente- conforme a lo señalado por el PIDESC y la interpretación que sobre sus disposiciones desarrolle el Comité DESC; lo señalado por la CADH y su PF-CADH en materia de DESC y la interpretación que sobre sus disposiciones desarrolle la CorteIDH; y lo estipulado en los Convenios de la OIT y las disposiciones de otros tratados que contengan derechos sociales y de los cuales Perú sea Estado Parte.

Así ha sido expresado por el Tribunal Constitucional en la STC N°1417-2005-AA/TC Caso *Anicama Hernández*, en la cual analizó la determinación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión:

“La noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el art. 38 del CPconst., no se reduce a una tutela

normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la norma fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (art.55 de la Constitución) como a nivel interpretativo (cuarta disposición final y transitoria de la constitución) y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o “bloque de constitucionalidad”.

3.5.2 La ejecución de las sentencias de los Tribunales internacionales en materia de derechos humanos y de las Observaciones Generales y los Informes de los Estados del Comité de los PIDESC o de otros órganos supervisores de los derechos humanos

Hemos señalado antes que consideramos que la relación que existe entre el Estado Peruano y los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos es significativamente buena. Ésto se refleja en el gran conocimiento que sobre estos Sistemas tiene la sociedad civil, en la fluida comunicación que existe entre los Sistemas y el Estado y también en la aceptación de las sentencias emitidas por Tribunales internacionales por parte de los tribunales domésticos.

Esto último ha sido integrado en el CPCConst. entre los art. 114 y 116. Así, en el art.114 se identifica al Comité de Derechos Humanos de la ONU y a la CIDH-aunque empleando una fórmula de textura abierta que permite contemplar otros órganos que puedan constituirse en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen a Perú- como los organismos internacionales a los que- en términos del art. 205 constitucional- puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano.

Además, en el art. 115 se determina que las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se halla sometido expresamente el Estado peruano no requieren -para su validez y eficacia- de reconocimiento, revisión ni exámenes previos. Sólo establece la forma de comunicarlas y reenvía a la Ley N° 27775 en lo que corresponde al procedimiento para su ejecución en sede interna.

Finalmente, el art. 116 ha precisado la obligación de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional a remitir a los organismos individualizados en el art. 114 (los organismos internacionales competentes para conocer denuncias), la legislación, las resoluciones y demás documentos actuados en el/los proceso (s) que originó/aron la petición, así como todo otro elemento que- a juicio del organismo internacional- fuera necesario para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia.

El CPCConst. retoma en el art. 115 un producto previo del esfuerzo del Estado peruano de actuar conforme a sus obligaciones en materia de derechos humanos, adaptando su legislación interna a ese fin. Nos referimos a la Ley N° 27775 del 7 de julio del 2002, la cual regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales supranacionales. Esta Ley- más allá de regular la ejecución interna de los fallos internacionales- establece que su objeto es declarar de interés público el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado peruano por Tribunales Internacionales constituidos por tratados ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política.

Por otro lado, el Estado peruano diferencia la fuerza jurídica vinculante de las sentencias emitidas en procesos jurisdiccionales internacionales y las decisiones adoptadas en procedimientos de naturaleza no jurisdiccional. Así, en el Decreto Supremo 014-2000-JUS se establece que las decisiones, resoluciones o recomendaciones adoptadas en el marco de los procedimientos y mecanismos internacionales de protección de derechos

humanos de naturaleza no jurisdiccional, serán procesadas por el Estado de acuerdo con los principios de buena fe, fiel observancia de los tratados respectivos y cooperación con las instancias internacionales de promoción y protección de derechos humanos. Aunque claro, habrá que observar que la citada norma -interpretada conforme a los principios establecidos en el CPConst. y en la misma Constitución- pueden relativizarse dependiendo de la naturaleza de los derechos protegidos.

Además, está por verse lo que suceda en materia de DESC, cuando el Estado peruano ratifique el PF-PIDESC, el cual establece un mecanismo de denuncias como el contemplado por el PF-PDCP, y que sea considerado dentro de los organismos internacionales competentes del art. 114. En teoría, las decisiones del Comité de los DESC, siempre y cuando el Estado ratifique el PF-PIDESC, estarían contempladas en el supuesto del art. 115 del CPC, por lo cual su ejecución sería inmediata.

SEGUNDA PARTE

EL EJERCICIO DE LA JURISDICCION POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO SOCIAL PERUANO

CAPÍTULO CUARTO

EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

4.1 Introducción al capítulo

Consideramos fundamental analizar- en el marco de la presente investigación- al Tribunal Constitucional Peruano desde una perspectiva institucional.

Con la finalidad de clasificar los mecanismos a través de los cuales se ha procedido a la justiciabilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo social peruano, es fundamental entender el funcionamiento de la jurisdicción constitucional en el Perú, así como el rol del Tribunal Constitucional Peruano en este panorama, su marco competencial,

la constitución del cuerpo magisterial y la naturaleza y los alcances de sus decisiones. Esta necesidad se hace más evidente al tener la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales como unidad de análisis de la presente investigación.

Finalmente, al concluir el presente capítulo, contaremos con el marco institucional del Tribunal Constitucional peruano a partir del cual procederemos al análisis de sus sentencias y la creación de mecanismos de justiciabilidad de los derechos sociales en el marco de sus competencias.

4.2 La jurisdicción constitucional⁶⁷¹: Alcances Generales

Desde el momento en que el Estado transita de un Estado legalista hacia uno constitucional, se observa la necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico. Ésta ya no es vista exclusivamente como una carta política organizativa del Estado, sino que actualmente es entendida como una norma superior diseñada sobre todo para establecer límites al poder político -función política de la Constitución- y garantizar los intereses esenciales de la comunidad política, entre ellos los derechos fundamentales -función jurídica de la Constitución-.

Señala BREWER que es el carácter supremo y normativo de la Constitución el que justifica la existencia de la jurisdicción constitucional. Esto en razón de que el principio de supremacía constitucional, desde el punto de vista jurídico, es imperfecto e inoperante si no se establecen las garantías

⁶⁷¹ A lo largo del capítulo se utilizarán los términos de justicia, control o jurisdicción constitucional de forma indistinta, entendiéndolos como todo procedimiento jurisdiccional destinado a garantizar la supremacía de la Constitución, bien que sea realizado por el poder judicial en el contexto de su función ordinaria de administración de justicia o bien por un órgano especializado.

judiciales que la protejan ante los actos inconstitucionales del Estado o de cualquier ruptura del ordenamiento constitucional⁶⁷².

En razón de ello, señala PEGORARO que hoy, cuando se razona sobre la jurisdicción constitucional: “(...) se alude comúnmente a un cotejo, por parte de un órgano jurisdiccional (que actúa en posición de independencia) entre constitución (formalizada y rígida) y normas a ella subordinadas; una verificación reforzada por el poder de expulsar las normas contrarias al ordenamiento jurídico.”⁶⁷³ La discusión se da entonces en torno a la forma más eficaz de garantizar la superioridad de la Constitución y respecto del órgano encargado de vigilar el respeto de las disposiciones constitucionales.

En definitiva, la función esencial de la jurisdicción constitucional es la del control de constitucionalidad de las leyes. Afirma CELOTTO que la presuposición teórica del control de constitucionalidad de las leyes, por como lo entendemos hoy, debe buscarse en las constituciones revolucionarias americana y francesa. Es a partir de este momento que la Constitución asume el significado de norma constitutiva y reguladora de la vida política asociada y de ley fundamental capaz de conformar la vida constitucional. Vista así la Constitución, “emerge la exigencia de un sistema de justicia constitucional, como control operado por un órgano independiente a las fuerzas políticas y llamado a revisar que los poderes ejercitados por el Estado se encuentren conforme a la Constitución así como resolver las controversias entre los distintos órganos del vértice”⁶⁷⁴.

A pesar que en el periodo revolucionario se reconoce la importancia de la creación de un sistema de justicia constitucional, sus antecedentes - tal como lo conocemos hoy- se remontan a principios del siglo XVII con el caso *Bonham* (1610), donde el juez Coke afirmó que “el derecho natural estaba

⁶⁷² BREWER CARIAS, A., *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos. Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*, IIDH, San José, 2005, p. 198.

⁶⁷³ PEGORARO, L., *Justicia constitucional: Una perspectiva comparada*, Madrid, ed. Dykinson, 2004, p. 10.

⁶⁷⁴ CELOTTO, A., *La Corte Costituzionale*, Bologna, Soc. Editrice Il Mulino, 2004, p.26.

por encima de las prerrogativas del Rey”, estableciendo los presupuestos del control de la constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces⁶⁷⁵. A decir de SCHWARTZ, la fama de esta sentencia se extendió a lo largo de las colonias americanas, donde se gestó y desarrolló, siendo el germen de lo que después contribuyó a crear las bases del sistema judicial norteamericano y de la *judicial review*, creada por el juez Marshall en 1803⁶⁷⁶.

Posteriormente, la *judicial review* llegó a conocimiento de los europeos y fueron muchos los que lo divulgaron y aunque fue conocido y admirado, no fue seguido⁶⁷⁷. Por diversas razones históricas, políticas y culturales, en Europa se gestó un modelo completamente distinto al propuesto en Estados Unidos.

⁶⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA ve en la obra judicial del juez inglés Sir Edward Coke (1552-1634), sobre todo en la decisión de 1610, *caso Bonham*, uno de los más claros antecedentes de la creación posterior de la técnica de la *judicial review* por los jueces y tribunales norteamericanos, así como del canon de la “razonabilidad”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 46 y ss.). Se trata de una observación doctrinal fundada en los hechos históricos, ya que está suficientemente demostrado que el juez Coke influyó de diversos modos y en varios momentos en el largo periodo de creación del constitucionalismo norteamericano como diferenciado del inglés, aunque también es cierto que, curiosamente, es la literatura española, más que la norteamericana o la inglesa, la que concede mayor valor como precedente a la obra judicial de Coke. Esto se explicaría porque en la esencia de la sentencia de Coke, como bien lo han afirmado los expertos, no se encontraba ningún control constitucional o de algún ordenamiento superior, sino el de garantizar la libertad frente a las privaciones arbitrarias del poder. En la lógica de la sentencia *Bonham*, el argumento constitucional es marginal o adicional. Algún sector doctrinal señala que el caso *Bonham* influyó en el posterior desarrollo de la *judicial review*, aunque sacado completamente de contexto. Al respecto, REY MARTINEZ, F., “Una relectura del Dr. *Bonham’s case* y de la aportación de sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*” en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 27, n° 81, set- dic. 2007, pp. 847 y ss.

⁶⁷⁶⁶⁷⁶ El hecho de que el control judicial de las leyes haya surgido en Estados Unidos, ha sido achacado a diferentes razones. Las más significativas son: 1) La existencia de un sistema jurídico de las colonias americanas anterior a la independencia, por medio del cual ninguna ley de las colonias podría contrariar a las Cartas o estatutos ingleses, so pena de declararlas nulas, así como del *common law* en donde se da un examen de la adecuación de las leyes a las normas tradicionales 2) El carácter federal de la República debido a las frecuentes contradicciones entre leyes estatales y federales y 3) Finalmente, el establecimiento de un sistema constitucional liberal, basado en una Constitución rígida y suprema. Cfr. GRANT, J., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, México, UNAM, 1963, p. 29.

⁶⁷⁷ Señala GARCÍA BELAUNDE que, entre las razones por la que en Europa no impactó el modelo del control judicial desarrollado en Norteamérica fueron: 1) Que mientras Estados Unidos se constituyó como república democrática, Europa era monárquica y absolutista 2) La diferente posición de los jueces, pues mientras en Estados Unidos fueron los que desarrollaron las bases del derecho norteamericano, en Europa se desconfiaba de ellos 3) La adopción por los países europeos de la forma parlamentaria de gobierno, a diferencia de la democracia norteamericana que instauró el presidencialismo. 4) Finalmente, la *judicial review* se afirmó por el carácter federal que asumió en nuevo Estado. (GARCÍA BELAUNDE, D., *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal constitucional*, Lima, Ed. Grijley, 2003, p.31.)

Ya en 1795, SIÉYES se había referido a la necesidad de crear un *jury constitutionnaire* competente para velar por el mantenimiento de los principios constitucionales. Empero, es hasta 1918 que la idea es desarrollada por Hans KELSEN, gestando el segundo modelo puro de jurisdicción constitucional de origen europeo, el denominado “modelo concentrado”. Pero también en Europa, específicamente en Francia, se dio origen a un tercer modelo de control de constitucionalidad, de naturaleza política, que aunque con gran influencia en el siglo XIX, actualmente tiene casi nula presencia en el constitucionalismo contemporáneo.

Afirma GARCÍA BELAUNDE que lo que vale no es que sistema es mejor desde el punto de vista teórico, sino cuál es el que mejor se adapta al entorno histórico de cada sistema jurídico y además, si este realmente funciona, es decir, si ayuda a la supervivencia del ordenamiento jurídico dentro de un determinado país⁶⁷⁸. Esta afirmación se ha hecho patente en la evolución que ha tenido el control de constitucionalidad en el mundo, donde a partir del modelo europeo y de la *judicial review*, se han creado sistemas *derivados*, donde se han adoptado estos modelos para el diseño de sistemas nacionales de justicia constitucional, los cuales han tomado un rumbo propio, como es el caso de los Estados latinoamericanos⁶⁷⁹.

Existe un acuerdo en la doctrina al considerar que actualmente existen diversos sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, los cuales partiendo de los modelos originarios han derivado en modelos de

⁶⁷⁸ GARCÍA BELAUNDE, D., *De la jurisdicción constitucional...*, op.cit., p. 37.

⁶⁷⁹ BREWER CARIAS afirma que incluso en América Latina se ha originado un modelo de justicia constitucional mucho más antiguo que el patentado por Kelsen en 1920. Afirma que mucho años antes del nacimiento del control concentrado existió en las constituciones latinoamericanas la acción popular de inconstitucionalidad como garantía efectiva de la supremacía constitucional, existiendo ya desde 1858. Este autor defiende que el constitucionalismo latinoamericano ha dotado de auténticas creaciones al constitucionalismo universal. Afirma que es una institución típicamente latinoamericana el hecho de que la Constitución establezca que cualquier juez, en el conocimiento de cualquier causa, puede decidir no aplicar al caso concreto que debe decidir, una ley que juzgue inconstitucional, aplicando preferentemente el texto constitucional. Esto se encontraba contemplado ya en las constituciones venezolana (1897) y colombiana (1910). (BREWER CARIAS, A., *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos. Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*, IIDH, San José, 2005, p. 192).

relativa originalidad. En este sentido, la forma en la que se lleva a cabo el control de constitucionalidad de leyes presenta diferencias de sistema a sistema en relación, por ejemplo, a los mecanismos que permiten examinar la adecuación de una norma jurídica a la Constitución donde un sistema puede ser difuso o concentrado, abstracto o concreto, a priori o a posteriori, entre otras diferencias⁶⁸⁰. En Latinoamérica, por ejemplo, no existen modelos puros, sino que prevalecen los sistemas mixtos⁶⁸¹ (como en México y Argentina) y el sistema dual o paralelo (como Ecuador y Perú)⁶⁸².

Casi en forma unánime los constitucionalistas aceptan que el primer antecedente sobre el control de constitucionalidad se encuentra en el *leading case Marbury vs. Madison* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, del año 1803⁶⁸³. Esta sentencia da origen al llamado “modelo difuso de constitucionalidad de las leyes” (*judicial review*), conocido también como

⁶⁸⁰ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, J., *La justicia Constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Ed. Tecnos, 2º ed, 2007, p. 71-78.

⁶⁸¹ “Pero hay un segundo caso, y es cuando las influencias son tan fuertes, que el modelo deja de ser lo que es, y adquiere una nueva fisonomía, partiendo de las influencias asimiladas, y en consecuencia llega a ser en la práctica, otra cosa. Es lo que se denominan sistemas mixtos, es decir, mezcla de dos o más modelos, con diferentes elementos, que dan lugar a un *tertium*, que no es lo que son los dos anteriores, pero tampoco algo enteramente novedoso u original sino más bien sincrético. Por cierto, este *mixtum* es algo derivado, pues proviene de otros”. (GARCÍA BELAUNDE, D., “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo” en DE VEGA, P. (Coord.), *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol.2, Madrid, Univ. Complutense, 2001, pp. 1423-1436.)

⁶⁸² Estos sistemas son derivados de los modelos originarios. Señala BREWER que en América latina, el poder de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de ejecución directa de la Constitución puede ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia en forma exclusiva o por la propia Corte Suprema o un Tribunal Constitucional en un sistema mixto o integral, que además del control concentrado admite el control difuso de la constitucionalidad. Pero además existe una tercera forma de control concentrado que ejercen en forma paralela y exclusiva tanto la Corte Suprema de Justicia como un Tribunal Constitucional, este viene a ser el sistema dual o paralelo. (BREWER CARIAS, A., *Mecanismos nacionales...*, op.cit., p. 221.)

⁶⁸³ Si bien la práctica de la *judicial review* surgió con anterioridad dentro del sistema del common law. Como señala ACOSTA SÁNCHEZ: “[...] En sus doce primeros años y en sus doce primeros justices, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos anuló por primera vez la ley de un Estado y parte de una Ley federal, en sendas sentencias de 1796 y 1798. Inauguró así la práctica de la *judicial review* sobre leyes estatales y federales, pero sólo la práctica, o sea, la aplicación de facto, sin declarar la doctrina en que se fundaba, ni preocuparse de legitimarla o fundamentarla constitucionalmente. En el primer año citado también inauguró la *judicial review* positiva sobre una ley federal, confirmando su constitucionalidad.” (ACOSTA SANCHEZ, J., *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, p.111.)

modelo americano, consecuencia de la aplicación del principio de supremacía y rigidez constitucional⁶⁸⁴.

La *judicial review* es tributaria del sistema jurídico de las colonias inglesas en América. La actividad jurisdiccional de sus tribunales -por medio de casos y la aplicación jurisdiccional de las leyes americanas y las inglesas- desarrolla los tres principios básicos del constitucionalismo norteamericano: la supremacía constitucional, el control difuso y el efecto *inter partes*. Aunque no se formalizó en la Constitución Federal de 1787, fue tomada en cuenta durante la Convención Constitucional y recogida en “El Federalista”⁶⁸⁵, a partir del cual el juez Marshall la adoptaría para su famosa sentencia⁶⁸⁶.

En este caso, indica PÉREZ que la cuestión que en el fondo se planteaba era la de si una ley votada por el Congreso, pero no acomodada a la Constitución, podía seguir siendo aplicada y conservar su vigencia una vez

⁶⁸⁴ En este sentido afirma Cappelletti: “La constitución norteamericana ha representado, en suma, el arquetipo de las llamadas constituciones rígidas, contrapuestas a las constituciones flexibles; o sea, el arquetipo de aquellas constituciones que no pueden ser modificadas o derogadas mediante leyes ordinarias sino, en todo caso, a través de procedimientos especiales de revisión constitucional.” (CAPELLETI, M., *El control judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, México, UNAM, 1966, p. 19.)

⁶⁸⁵ HAMILTON, A., MADISON, J. Y JAY, J., *El federalista*, 2º ed. México, 1974. Así lo enuncia el art. LXXVIII: “ No hay proposición que sea poye sobre principios más claros que la que afirma que todo actos de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglos al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto ningún acto del legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Nigar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante , que el servidor es más que su amo [...] Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser esta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta ultima dentro de los límites asignados a su autoridad. (...) La interpretación de las leyes es propia y particularmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; entre otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.”

⁶⁸⁶ PRITCHETT, C., *La Constitución Americana*, Buenos Aires, Ed. Tipográfica argentina, 1965, p. 191.

comprobada tal anomalía.⁶⁸⁷ Así, el juez Marshall sienta las bases del control de la constitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales en dos elementos: 1) la Constitución como norma superior del ordenamiento a la que toda norma inferior debe sujetarse; y que contiene normas que son directamente aplicables tanto a las personas como al Estado y 2) el control de la constitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales como garantías para la defensa de la supremacía constitucional, por su rol de intérpretes de las normas y de aplicación al caso concreto⁶⁸⁸.

Como es harto conocido, en este modelo los jueces y magistrados realizan el control de la constitucionalidad de leyes al resolver sobre los casos concretos que conocen. Así, si verifican que en la aplicación concreta del Derecho existen incompatibilidades entre la Constitución y una norma de rango inferior, han de preferir la primera. BREWER realiza una revisión de sus características principales con referencia al proceso. Observa, en primer lugar, que se trata de un control *incidenter tantum*; es decir, en un proceso concreto del cual el juez esté conociendo y donde la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo. En segundo lugar, la inaplicación de la norma tildada de inconstitucional es excepcional, con efecto *inter partes* por lo que no anula ni deroga la norma. Finalmente, sus efectos son *ex tunc, pro praeterito* o con efecto retroactivo, en el sentido de que dichos efectos se retrotraen al momento en el cual la norma considerada inconstitucional fue declarada⁶⁸⁹.

Con referencia al sujeto de aplicación del control, lo característico de este mecanismo es que el control no corresponde a un órgano especializado, sino que esta facultad corresponde a los jueces y magistrados del Poder Judicial, como parte de su función jurisdiccional. Por ello, en este modelo la facultad de control de constitucionalidad se confunde con la facultad jurisdiccional. El

⁶⁸⁷ PÉREZ SERRANO, N., *La noble obra política de un gran juez: Juan Marshall*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1995, p. 23.

⁶⁸⁸ TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS, “Sentencia Marbury vs. Madison”, traducida en *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, núm. 3, 1947, pp. 317 y ss.

⁶⁸⁹ BREWER, A., *Mecanismos nacionales...*, *op.cit.*, p. 230

ejercicio de la *judicial review* puede provocar sentencias contradictorias debido a las múltiples interpretaciones que pueden derivar de una disposición constitucional aplicada a diversos supuestos de hecho. Para enfrentar este peligro, el principio de *stare decisis* y la técnica del precedente judicial armonizan la jurisprudencia y determinan una jerarquía al establecer que las decisiones de los tribunales superiores vinculen a los tribunales inferiores, evitando así situaciones de conflicto e inseguridad jurídica⁶⁹⁰.

Mientras en el continente americano se originó el modelo de control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces, en el continente europeo surge un modelo de control de la constitucionalidad diametralmente opuesto. Se trata del llamado modelo europeo o de control concentrado de constitucionalidad el cual, aunque fue ideado en un primer momento por SIÉYES⁶⁹¹, se atribuye a Hans Kelsen. Fue inaugurado con la creación, en 1919, del Tribunal Constitucional de Austria, siendo, al año siguiente, reconocido en la propia Constitución Austriaca de 1920⁶⁹².

En el modelo original de Kelsen, expuesto en “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*”⁶⁹³, se plantea que el control de la constitucionalidad de las

⁶⁹⁰ PEREZ TREMPES, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 56. Al respecto, BREWER expresa: “(...)en el mismo sentido en que se ha desarrollado la doctrina *stare decisis* en los países con sistemas jurídicos del common law para resolver los problemas de incertidumbre y posible conflictividad entre las decisiones judiciales adoptadas por los diferentes tribunales en materia de inconstitucionalidad de las leyes que un método difuso puede originar; también los países con sistemas jurídicos de tradición de derecho romano que han adoptado el mismo método, han desarrollado diversos mecanismos legales particulares para prevenir los efectos negativos originados por los mencionados problemas, sea otorgando carácter obligatorio a los precedentes, sea asignándolos poderes necesarios a una Corte Suprema o a un Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, con carácter general y efectos obligatorios”. (BREWER CARIAS, A., *Mecanismos nacionales...*, op.cit., p. 216)

⁶⁹¹ No debe obviarse que Siéyes fue el precursor de este sistema al proponer, en 1795, la creación de un “*jurie constitutionnaire*” y, en un segundo proyecto, la creación de un organismo al que se le atribuye la función de velar por la vigencia de la Constitución. Al respecto FERNANDEZ SEGADO afirma que en el proyecto de Siéyes existía un artículo clave, el VIII, el cual establece por primera vez como sanción de la declaración de inconstitucionalidad, la nulidad del acto inconstitucional. (FERNANDEZ SEGADO, F., “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: Su evolución” En: *Sobre la justicia constitucional*, Lima, Fondo editorial de la PUCP, 1990, p. 111.)

⁶⁹² FAVOREU, L., *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 14.

⁶⁹³ KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional”, en *Ius et Veritas*, Lima, año V, núm. 9, 1994, pp. 17 y ss.

normas debía ser realizado por un órgano jurisdiccional ad-hoc, el cual debía tener la facultad de anular las leyes inconstitucionales con efectos generales, *pro praeterito* y *pro futuro*, configurándose en una especie de legislador negativo⁶⁹⁴. Además, este análisis de inconstitucionalidad de la ley debía hacerse en abstracto, sin inmiscuir en su consideración supuestos fácticos. Evidentemente se trataba de una actividad de naturaleza jurisdiccional, pues la función del “legislador negativo” es aplicar el derecho, sólo que no a un hecho sino a una norma⁶⁹⁵.

En la propuesta de KELSEN, el Tribunal Constitucional es un órgano que asume de forma exclusiva la defensa de la Constitución ante la amenaza de su conculcación, garantizando la armonización del sistema de fuentes formales del Derecho. Lo más importante del modelo es que este órgano ad-hoc se encuentra fuera de la triada clásica de poderes y sin relación de dependencia con el Poder Judicial⁶⁹⁶. Esta autonomía garantiza una posición objetiva frente a los peligros que inmiscuir cuestiones políticas pueda generar al correcto ejercicio del control.⁶⁹⁷ Lo característico de este modelo es que se trata de un control concentrado en un órgano especializado, el cual realiza el control de la constitucionalidad de las leyes como proceso principal. El resultado de este control tiene efectos *erga omnes* y es constitutivo (*ex nunc*).⁶⁹⁸

⁶⁹⁴ GASCÓN, M., “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 41, 1994, p.63

⁶⁹⁵ “En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que en relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar- y ello, únicamente, por principios o direcciones generales- la actividad del legislador negativo, o sea, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho y, solamente, en una débil medida, creación del derecho: su función es, por lo tanto, verdaderamente jurisdiccional.” (KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional ...*, *op.cit.*, p.30.)

⁶⁹⁶ GARCÍA BELAUNDE, D., “La acción de inconstitucionalidad en el Derecho Comparado” En: *Lecturas Constitucionales Andinas*, N°1, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 185.

⁶⁹⁷ TROPER, M., “Kelsen y el control de constitucionalidad” en *Derechos y libertades*, Madrid, año II, núm. 4, 1995, pp. 307-331.

⁶⁹⁸ GARCÍA BELAUNDE, D., “La acción...”, *op.cit.*, p.186

El modelo concentrado propuesto por KELSEN se impuso en Europa con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y se mantiene en el constitucionalismo contemporáneo aunque con importantes y significativos matices. En gran medida, debido al cambio de paradigma del positivismo jurídico (desde el que Kelsen propone el modelo) al neoconstitucionalismo. En este sentido, señala AHUMADA que los Tribunales Constitucionales que surgen con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial no parecen ser producto natural de la tradición anterior, pues surgen para garantizar un tipo distinto de Constitución de aquella de la que partió Kelsen⁶⁹⁹. Para AHUMADA “resulta ser un tipo de Constitución inédita en Europa, no solo por su plena eficacia normativa sino por sus contenidos, por el lugar que ocupan los derechos fundamentales, directamente exigibles ahora también para el legislador⁷⁰⁰.”

Existe un tercer modelo denominado “modelo político”, que tiene sus orígenes en las Constituciones Francesas de 1799 y 1852 y que tuvo un gran impacto en las primeras Constituciones latinoamericanas. En este modelo se confía al Poder Legislativo el control de la constitucionalidad, siguiendo los principios rectores de la Revolución Francesa según los cuales solamente al Poder Legislativo, como representante del pueblo, le es dable determinar si sus leyes son contrarias a la Constitución⁷⁰¹.

Señala GARCÍA BELAUNDE que este modelo ha funcionado sin grandes consecuencias y además es quizás el menos orgánico⁷⁰². BLUME lo define como “un control previo a la aprobación de la norma y opera mediante una comisión *ad hoc* que tiene la función de detectar cualquier vicio de inconstitucionalidad que se da respecto de los proyectos que son materia de

⁶⁹⁹ La idea de “Constitución” que Kelsen maneja está referida a la de una norma organizativa y procedimental, cuyo objeto va a consistir en fijar la competencia de los órganos del Estado así como regular la producción de las normas generales. Esto se puede observar en KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, trad. Luis Legaz y Lacambra, México, Ed. Nacional, 1970, pp. 325-327.

⁷⁰⁰ AHUMADA, M., *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Ed. Civitas, 2005, p. 38.

⁷⁰¹ CASTRILLÓN Y LUNA, V., “El control constitucional en el Derecho Comparado”, en pp. 53 y 54

⁷⁰² GARCÍA BELAUNDE, D., *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, p. 54.

discusión, debate y aprobación”⁷⁰³. Se trata de un control de naturaleza preventiva cuya finalidad es detectar la inconstitucionalidad y evitar los efectos negativos que pueda generar su vigencia. El control corresponde al propio Poder Legislativo.

El modelo político-orgánico de constitucionalidad de las leyes no ha tenido impacto en el constitucionalismo contemporáneo, a pesar de haber influenciado significativamente las Constituciones de principios del siglo XIX. Sin embargo, se puede observar que aún mantiene su vigencia en el lugar donde nació- Francia- donde tradicionalmente se ha venido realizando el control de constitucionalidad de las leyes con la intervención de órganos de carácter político. La evolución del modelo en Francia ha dado lugar a la creación del Consejo Constitucional el cual -conjuntamente con el Consejo de Estado y la Corte de Casación en sus diferentes ámbitos competenciales- tutela tanto el régimen constitucional como los derechos fundamentales a él incorporados.

En América Latina, algunos Estados también contemplan constitucionalmente el control preventivo de la constitucionalidad conjuntamente con el control posterior. Este es el caso de Colombia, Venezuela, Ecuador, Panamá, Costa Rica y Bolivia⁷⁰⁴. Sin embargo, a diferencia del modelo político, este no es ejercido por el Poder Legislativo, sino que, entre otros casos⁷⁰⁵, resulta de las objeciones presentadas por el Presidente de la República, al vetar las leyes o normas con rango de ley por razones de inconstitucionalidad. La decisión final de la inconstitucionalidad o no de ley corresponde al órgano jurisdiccional responsable del control de la

⁷⁰³ BLUME, E., “El tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución” en pp.133-134

⁷⁰⁴ BREWER CARIAS, A., *Mecanismos nacionales ...*, op.cit., p. 247

⁷⁰⁵ El control preventivo de la constitucionalidad de las leyes presenta particularidades en cada uno de los Estados aquí mencionados. No tenemos como propósito hacer un estudio comparado del control preventivo en Latinoamérica, sino de demostrar como existen otros tipos de control distintos al posterior. Para el caso concreto de esta tesis, que es el rol del Tribunal Constitucional Peruano para la protección de los derechos sociales fundamentales, ahondar en el tema del control preventivo es superfluo.

constitucionalidad⁷⁰⁶. El caso especial es el de Chile, que contempla el control previo de constitucionalidad de las leyes como único método de control concentrado ejercido también por el Tribunal Constitucional.⁷⁰⁷

Es evidente que cada uno de estos modelos surge a partir de las características sociales, políticas y jurídicas de los sistemas que le dieron origen. De este modo, no es difícil observar como un modelo como el difuso tiene éxito en el sistema del *common law*, debido a sus figuras jurídicas propias como el *stare decisis*. O como el modelo concentrado de control constitucional tiene éxito en un sistema como el europeo, en sintonía con el paradigma científico del positivismo y donde se desconfiaba de la labor de los jueces. En el constitucionalismo contemporáneo, ambos modelos no se han mantenido en puridad sino que, por el contrario, se han aproximado mutuamente.

Por un lado, un sector de la doctrina ha sostenido que si bien el modelo concentrado ha inspirado la creación de Tribunales Constitucionales en los Estados a partir de la década de los 40', esta influencia no ha sido exclusiva ni en puridad pues -aun cuando responden al modelo en el aspecto de la existencia de un órgano concentrado y en algunos aspectos procesales- los actuales órganos concentrados de jurisdicción constitucional han adoptado además figuras que corresponden al modelo norteamericano de la *judicial review*⁷⁰⁸. Por otro lado, también este último ha sufrido modificaciones a la propuesta original en su país de origen. En efecto, el Tribunal Supremo de Estados Unidos viene aplicando la "*certiorari*", figura jurídica que le otorga un poder discrecional para decidir sobre que asuntos pronunciarse cuando considera su actuación relevante para determinar la inconstitucionalidad o no

⁷⁰⁶ BREWER, A., *Mecanismos nacionales...*, op.cit., pp.250

⁷⁰⁷ Art.82 de la Constitución chilena de 1980.

⁷⁰⁸ Esto resulta evidente en el paradigma neoconstitucional. Los Tribunales Constitucionales europeos han dejado de encarnar una justicia de pura legalidad para convertirse en una justicia de constitucionalidad. Para ello, han adoptado figuras propias del modelo concentrado pero también elementos del modelo difuso de control de la constitucionalidad. Entre ellos por ejemplo, los discursos aplicativos, la resolución de casos concretos, entre otros. En España y Alemania, por ejemplo, se han implementado mecanismos procesales que permiten a toda persona acudir al Tribunal Constitucional para exigir el restablecimiento de sus derechos.

de una ley. De esta forma, a decir de FERNANDEZ, se asemeja a la forma de actuación de los Tribunales Constitucionales Europeos por tener un poder discrecional de actuación, constituyéndolo de cierta medida en un *órgano ad-hoc*. En este sentido, si el Tribunal Supremo determina la inaplicación de una ley por tacharla de inconstitucional, a través del principio de *stare decisis* se impone a todos los jueces de instancias inferiores la obligación de seguir su precedente.⁷⁰⁹

Finalmente en los Estados latinoamericanos, las Constituciones han adoptado elementos tanto del modelo difuso como del modelo concentrado (incluso en algunos casos del modelo político) -con especiales particularidades- dando nacimiento a sistemas mixtos de control judicial de la constitucionalidad de leyes. Sobre los sistemas mixtos, refiere GARCÍA BELAUNDE que son “mezcla de dos o más modelos, con diferentes elementos, que dan lugar a un *tertium*, que no es lo que son los dos anteriores, pero tampoco algo enteramente novedoso u original sino más bien sincrético⁷¹⁰”.

Estos sistemas difieren, principalmente, en el órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad aunque no se puede obviar que también presentan ciertas diferencias procesales. En México y Brasil, existe un control concentrado de la constitucionalidad de las leyes encargado a la Corte Suprema de Justicia en un sistema mixto de control. En Venezuela, El Salvador y Honduras, el control judicial concentrado de la constitucionalidad de las leyes es ejercida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en un sistema mixto de control. En Colombia, Guatemala, Ecuador, Bolivia y Perú se da el control judicial concentrado de la constitucionalidad de las leyes ejercidos por Tribunal Constitucionales en un sistema mixto de control. Finalmente tenemos el caso especial de Chile que es el único Estado latinoamericano que contempla el control judicial concentrado de

⁷⁰⁹ FERNÁNDEZ, J., *La justicia Constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2º ed., 2007, p. 27-28.

⁷¹⁰ GARCÍA BELAUNDE, D., “La jurisdicción constitucional ...”, op.cit., p. 1428.

constitucionalidad de las leyes ejercido en forma exclusiva y paralela por la Corte Suprema de Justicia y un Tribunal Constitucional.⁷¹¹

A pesar de haber afirmado aquí que lo que existe en Perú es un sistema mixto de control judicial de constitucionalidad de las leyes, esta “mixtura” está referida a los sistemas de control. Sin embargo, afirma GARCÍA BELAUNDE que en el aspecto orgánico el caso peruano es especial debido a que en realidad existe un modelo dual-orgánico de control de constitucionalidad de leyes, llevado a cabo por el Tribunal Constitucional paralelamente con el Poder Judicial⁷¹². Esto se da en razón que el Tribunal Constitucional peruano está ubicado fuera del Poder Judicial, constituyendo el único caso de este tipo en América Latina.

4.3 La jurisdicción constitucional en el Perú

4.3.1 El modelo dual-orgánico de control de constitucionalidad de las leyes adoptado por el sistema constitucional peruano

En Perú, se introduce por primera vez el sistema difuso o americano de control de constitucionalidad en el Código Civil de 1936, a través del art. XXII del Título Preliminar, donde se indicaba que: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera”. Sin embargo, señalan los expertos que esta disposición nunca fue efectiva debido a la falta de normas procesales que la hicieran operativa, ya que no fue hasta 1963- con la Ley Orgánica del Poder Judicial- que se dictan estas normas. Consecuentemente, hay un acuerdo en la doctrina

⁷¹¹ BREWER, A., “Mecanismos nacionales...”, *op.cit.*, pp.245 y ss.

⁷¹² GARCÍA BELAUNDE, D., “La jurisdicción constitucional ...”, *op.cit.*, pp. 1423-1436.

peruana en afirmar que el control difuso en aquella época fue de escasa o nula aplicación.⁷¹³

El control de constitucionalidad sólo alcanza el rango constitucional hasta la Constitución peruana de 1979 -la cual formalmente entra en vigencia el 28 de julio de 1980-al asumir el mando el presidente democráticamente electo Fernando Belaunde Terry y cesar en funciones el régimen autoritario militar. A decir de GARCÍA BELAUNDE, la Constitución de 1979 crea un modelo dual- orgánico de control de la constitucionalidad, que se mantiene hasta el día de hoy. ⁷¹⁴Este modelo se caracteriza por que la jurisdicción constitucional adopta el modelo difuso de control de constitucionalidad en manos de los tribunales ordinarios de justicia, el cual determina que cualquier juez -en todo tipo de proceso- debe preferir la Constitución e inaplicar las normas contrarias a ésta. Además, de forma paralela, adopta el modelo concentrado, por el cual se confía el control de constitucionalidad de las leyes a un Tribunal Constitucional con competencias originarias y exclusivas. En palabras de nuestro autor: “En el modelo dual, el modelo difuso y el concentrado coexisten pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse”⁷¹⁵.

Hasta aquí no parece existir gran diferencia con respecto a los sistemas mixtos. Pero como afirma GARCÍA BELAUNDE, la diferencia está en los matices. El autor señala que en 1979, al discutirse la nueva Constitución del Estado peruano y en vías de retornar al sistema democrático, la Carta constitucional retomó- en su artículo 236- el precepto de la preferencia que todo juez debía otorgar a una norma superior sobre cualquier otra de rango inferior. Así, se elevó por primera vez a nivel constitucional el llamado

⁷¹³ Entre estos autores podemos citar a Víctor ORTECHO, Cesar LANDA y Ernesto BLUME, entre otros. (ORTECHO, V., “Dificultades y avances de la justicia constitucional peruana” en GARCÍA BELAUNDE, D. (COORD.), *La constitución y su defensa*, Ed. Grijley, Lima, 2003, p.96; LANDA, C., *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2004, p. 61)

⁷¹⁴ GARCÍA BELAUNDE propuso en 1987 el modelo dual o paralelo que en su opinión fue el modelo que había impuesto la Constitución peruana de 1979.

⁷¹⁵ GARCÍA BELAUNDE, D., *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1998, p. 175.

sistema o control difuso. Pero además indica que el Constituyente al mismo tiempo, por temor a la poca iniciativa del Poder Judicial y temiendo que éste- como había sucedido antes por interferencias políticas- no tuviera un buen desempeño, creó- al margen y fuera del Poder Judicial- un órgano autónomo, no profesional, que no era instancia, y que condensaba el llamado sistema concentrado europeo. De esta forma, se incorporó el Tribunal de Garantías Constitucionales, de carácter permanente, nombrado por tercios -por el Congreso, por el Poder Ejecutivo y por la Corte Suprema- entre juristas de destacada tradición y de clara vocación democrática, esto pues se buscaba que los miembros de dicho Tribunal fueran defensores de la democracia, y no como sucedió con el Poder Judicial, que legitimó actos arbitrarios de las dictaduras⁷¹⁶.

Las competencias que la Carta del 1979 cedió al flamante Tribunal eran sólo dos: 1) conocer en casación las resoluciones denegatorias de los Habeas Corpus y Amparo, agotada previamente la vía judicial y 2) conocer en instancia única la Acción de Inconstitucionalidad.

GARCÍA BELAUNDE desarrolla estos dos puntos y explica que:

- a) La acción de *Habeas Corpus* fue introducida en el Perú en 1897 y el Amparo lo fue en 1974 en forma restringida solo para materia agraria. Al momento de ser incorporadas ambas garantías en la Constitución de 1979 fueron modernizadas- siguiendo así la tendencia de otros países latinoamericanos- mediante la cual el primero estaba vinculado a la libertad individual y el segundo a la protección de los demás derechos fundamentales. Respecto al papel que correspondía al Tribunal de Garantías Constitucionales en el conocimiento de estas garantías se observan dos cuestiones: 1) el conocimiento era únicamente de las acciones que hubiesen sido denegadas en última instancia judicial, pues era el Poder Judicial el que conocía de ellas 2) En cuanto a la casación, era tomada del modelo francés, o sea, en la

⁷¹⁶ Ídem, pp. 1429.

modalidad del reenvío, con lo cual al casar la sentencia venida en recurso, volvía al ente judicial para que volviese a fallar en definitiva

- b) La Acción de Inconstitucionalidad era típica del modelo concentrado; directa, principal y con efectos erga omnes⁷¹⁷.

Así afirma GARCÍA BELAUNDE que era el modelo europeo incorporado a un sistema jurídico que conservaba el sistema difuso sin cruzarse con él. Así, el Poder Judicial conservaba la competencia de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a través del Habeas Corpus y el Amparo; mientras que al Tribunal de Garantías constitucionales sólo era competente para casar sus resoluciones en caso de resultar denegatorias. Además, el Poder Judicial conservaba el control difuso y de inaplicación de las normas. Visto así, en el caso peruano no podía hablarse estrictamente de la implementación de un sistema mixto, pues lo mixto supone una mezcla de dos o más elementos, que en el caso peruano no sólo no se mezclan sino que tampoco originan un *tertium* que sea distinto a sus dos fuentes de origen⁷¹⁸.

Finalmente, el Tribunal de Garantías Constitucionales se encontraba fuera de del Poder Judicial y era concebido como un órgano constitucional del Estado, autónomo y tan igual como la triada clásica de poder. En este sentido, la jurisdicción constitucional se ejercía paralelamente por dos órganos distintos, los cuales sólo coincidían en el conocimiento de amparos y hábeas corpus denegados por el Poder Judicial, y que pasaban en casación al Tribunal de Garantías Constitucionales. Por estas razones, y por haber incorporado casi en bloque el modelo concentrado dentro de un sistema difuso, sin contaminarlo ni absorberlo, es que GARCÍA BELAUNDE ha postulado que dentro de las modelos derivados y al lado del modelo mixto, se debe colocar

⁷¹⁷ *Ídem*, p.1430.

⁷¹⁸ *Ídem*, p. 1431

al modelo dual o paralelo, cuya primera forma nítida de manifestación, está en la Constitución peruana de 1979⁷¹⁹.

La actual Constitución Peruana de 1993 repite el modelo, con algunas variantes. Así, el Tribunal Constitucional tiene como competencias originarias y exclusivas los procesos de inconstitucionalidad y el conflicto competencial entre órganos constitucionales⁷²⁰; mientras el Poder Judicial conoce- en exclusividad- la acción popular- a través de la cual realiza el control constitucional de reglamentos y normas de carácter general- además de realizar el control difuso en todos los tipos de procesos⁷²¹. Pero estos órganos también tienen competencias compartidas, como sucede con los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. Respecto a estos procesos, en el actual sistema, las sentencias del Tribunal Constitucional no operan en casación sino en fallo definitivo, para conocer las garantías constitucionales de libertad, que ahora son, además del *Habeas Corpus* y el Amparo, también el *Habeas Data* y la Acción de Cumplimiento.⁷²²

En nuestra opinión, en el Perú existe un modelo dual o paralelo con referencia al ámbito orgánico del control de constitucionalidad. Estos pues el Tribunal Constitucional, independientemente de las facultades del Poder Judicial, tiene facultades exclusivas para declarar la inconstitucionalidad de la leyes y para resolver conflictos de competencia constitucional. Sin embargo, consideramos que en el ámbito funcional, lo que existe es un

⁷¹⁹ GARCÍA BELAUNDE, D., *ibid.*, pp. 1433

⁷²⁰ Art. 202 de la Constitución peruana de 1993.

⁷²¹ Art.138 de la Constitución Política del Perú de 1993.

⁷²² PALOMINO, J., “Control y magistratura constitucional en el Perú” en VEGA, J. y CORZO, S., (Coord.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2004, pp. 435 y ss. Esto se encuentra establecido en el Art.200 y art. 202 de la Constitución Política del Perú de 1993. La excepción a la regla ha sido determinada en la STC N° 02748-2010-PHC/TC, caso Alberto Mosquera. La parte resolutive de la sentencia refiere: “3. Disponer que de conformidad con lo establecido en los artículo 8 de la Constitución y III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada –independientemente del plazo– para la interposición del recurso de agravio constitucional, el mismo que debe ser concedido por las instancias judiciales.

sistema de control mixto. Al respecto, sostiene PALOMINO MANCHEGO que: “La dualidad de la magistratura constitucional peruana no representa la coexistencia simultánea de los modelos puros u originarios de control constitucional de las leyes, el difuso y el concentrado. Más por el contrario, la recepción constitucional y las leyes que desarrollan ambos modelos han añadido matices que, si bien no inciden en sus aspectos orgánicos, sí gravitan en sus aspectos funcional y competencial, que bien podría llevarnos a hablar de la configuración de un sistema dual de modelos funcionalmente mixtos de constitucionalidad”⁷²³.

Aquí, el Tribunal Constitucional adopta mecanismos propios del modelo de la *judicial review* a la vez que el Poder Judicial adopta figuras del modelo concentrado de constitucionalidad de leyes. Esto se observa en la figuras adoptadas en el Código Procesal Constitucional de 2004 y la nueva Ley orgánica del Tribunal Constitucional del 2005, como lo es, por ejemplo, la figura del precedente vinculante contenido en el art. VII del Título Preliminar del CConst. Pero donde resulta más evidente es en la resolución de los procesos derivados de las acciones de garantía de los derechos fundamentales. Aquí, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional comparten el conocimiento de los procesos constitucionales de libertad (los procesos de amparo, hábeas data, hábeas corpus y de cumplimiento). En estos casos, el Tribunal Constitucional sólo puede conocer de la acción siempre que haya sido resuelta previamente por la jurisdicción ordinaria y que el accionante haya tenido sentencia desestimatoria⁷²⁴. Cuando el Tribunal Constitucional conoce de asuntos en procesos constitucionales de la libertad, actúa sobre un caso concreto, donde hay derechos en controversia y partes adversarias. En estos casos, el Tribunal Constitucional se acerca a la *judicial review*⁷²⁵.

⁷²³ PALOMINO MANCHEGO, J., *Control y magistratura constitucional en el Perú*, en *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México, pp. 435 y ss.

⁷²⁴ Art. 202 de la Constitución Peruana de 1993.

⁷²⁵ QUIROGA, A., “El derecho procesal constitucional peruano” en Vega, J., y Corzo, E., *Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional, Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México, pp. 471 y ss.

Además, el control concentrado de constitucionalidad de leyes ha sufrido también de alteraciones respecto al modelo original previsto por Kelsen. Por ejemplo, el proceso de inconstitucionalidad previsto por la Constitución y desarrollado en el CPCConst. tiene como principio la presunción de constitucionalidad de la ley lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a actuar como legislador positivo, dictando sentencias interpretativas a fin convertir una ley primigeniamente inconstitucional en una conforme a la Constitución. En estos casos, el Tribunal ha entendido que la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico puede crear un “*horror vacui*”. En este sentido, el proceso de inconstitucionalidad no tiene como finalidad la expulsión de la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico- como lo ideó Kelsen- sino la integración de la norma al orden constitucional a través de su interpretación conforme al bloque de constitucionalidad⁷²⁶.

Por otro lado, el control judicial de las leyes en el sistema peruano también ha sido fuertemente influenciado por el modelo de jurisdicción concentrado. Esto se observa en los tres ámbitos de actuación del Poder Judicial en el control de la constitucionalidad: 1) el referido al control difuso que ejerce el Poder Judicial en los procesos que le son propios y exclusivos como es el caso de los procesos penales, civiles, laborales entre otros 2) el control difuso que ejerce el Poder Judicial en los procesos constitucionales que conoce en forma conjunta concurrente con el Tribunal Constitucional como lo son los procesos constitucionales de garantías de los derechos fundamentales y 3) el control concentrado de legalidad y constitucionalidad que ejerce respecto a los reglamentos y demás normas inferiores de carácter general a través del proceso de acción popular⁷²⁷.

En los dos primeros casos, el modelo original de la *judicial review* se ha visto alterado debido a la imposición de límites al ejercicio de la revisión judicial de

⁷²⁶ EGUIGUREN, J., “Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por el Tribunal constitucional peruano” en FERRER MAC-GREGOR, E., *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Tomo V, México, IJ-UNAM, 2008, pp.322.

⁷²⁷ PALOMINO, J., “Control y magistratura...”, *op.cit.*, pp.171-180.

la Constitución por parte de los jueces, límites que no se observan en el modelo originario. En efecto, en ambos casos -tanto en jurisdicción ordinaria como en jurisdicción constitucional- si los jueces observan que- en la aplicación del caso concreto- una norma resulta inconstitucional y deciden inaplicarla, tienen la obligación de elevarla en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República⁷²⁸. Esto significa que en Perú, se constituye a la Corte Suprema de Justicia como “órgano filtro” la cual decide en forma definitiva sobre la validez o no del resultado de control constitucional efectuado por cualquier instancia judicial⁷²⁹.

Pero donde se evidencia la desnaturalización del modelo de la *judicial review* en la jurisdicción constitucional peruana es en la competencia otorgada a los jueces para realizar el control de legalidad y constitucionalidad de las normas generales de rango infralegal, a través del proceso de acción popular⁷³⁰. Lo llamamos “control concentrado” porque implica todos los rasgos de la acción de inconstitucionalidad de las leyes de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, sólo que con referencia a normas de rango infralegal y de competencia exclusiva del Poder Judicial. Este proceso es por vía principal y los jueces del Poder Judicial⁷³¹ realizan un juicio de compatibilidad abstracto entre la norma infralegal y la Constitución o la ley, bien sea por infracción por el fondo o vicio en el procedimiento de aprobación. Este análisis es independiente de los hechos que hayan sido afectadas como consecuencia de su aplicación. Comprobada la incompatibilidad con el parámetro de

⁷²⁸ Art. 14 de la Ley orgánica del Poder Judicial y art. 3 del Código Procesal Constitucional.

⁷²⁹ PALOMINO, J., “Control y magistratura...”, *op.cit.*, pp.176.

⁷³⁰ La acción popular tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa (art. 75 del CPP '93). Procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita (art. 76).

⁷³¹ En mayor medida, las instancias superiores como son la Corte Superior y la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

control, se expulsa la norma del ordenamiento jurídico con efectos generales⁷³².

La desnaturalización de los modelos originarios en la jurisdicción constitucional peruana no se ha dado a nivel orgánico, sino a nivel funcional. En efecto, como sostiene PALOMINO MANCHEGO, el que el ordenamiento peruano atribuya de competencias formal y materialmente constitucionales al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial -y que su ejercicio necesariamente tenga que *indagarse* a partir de las peculiaridades analizadas- impide que en el Perú pueda hablarse lícitamente de la existencia de dos órdenes jurisdiccionales, cada uno con ámbitos materialmente definidos por el ordenamiento: el Poder Judicial como jurisdicción de la legalidad y el Tribunal Constitucional como jurisdicción de la constitucionalidad⁷³³.

En consecuencia, la jurisdicción constitucional en el Perú se caracteriza por la dualidad orgánica, entendida como la existencia de dos órganos que ejercen- simultáneamente- el control de constitucionalidad con funciones propias, compartidas o exclusivas. Sin embargo, esta dualidad no se comparte en el aspecto funcional, pues como lo hemos venido observando, la mutua influencia y la desnaturalización de los modelos puros de jurisdicción -concentrada y difusa- es una característica del sistema de control de la constitucionalidad en el Perú.

4.3.2 *Principios rectores de la actuación de la jurisdicción constitucional en el Perú: Su reconfiguración a partir del Código Procesal Constitucional del 2004*

Antes del 1° de diciembre del 2004, el proceso constitucional propiamente dicho se regía por lo establecido en la propia Constitución de 1993;

⁷³² PALOMINO, J., "Control y magistratura constitucional ...," *op. cit.*, p. 175-177.

⁷³³ PALOMINO, J., "Control y magistratura constitucional ...," *op. cit.*, p. 177.

principalmente de lo establecido en el Título V sobre “las garantías constitucionales”, el art. 138 sobre el control difuso ejercido por el Poder Judicial y lo señalado por la CDFT referida a la interpretación de los derechos fundamentales. Además, se regía por las leyes dictadas para el desarrollo de las llamadas “garantías constitucionales”. Tal es el caso de la Ley N° 23506 titulada “Ley de Hábeas Corpus y Amparo” del 8 de diciembre de 1982 la cual- después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución- incorporó los recientemente creados procesos de Hábeas Data y la Acción de cumplimiento. La referida Ley N°23506 y sus modificatorias contenían los principios generales, aplicables a todos los procedimientos y trámites especiales, para cada proceso. Adicionalmente, la jurisdicción constitucional en el Perú se regía por la “Ley Procesal de la Acción Popular” del 20 de diciembre de 1988 y de la “Ley Orgánica del Tribunal Constitucional” del 10 de enero de 1995.

Resulta evidente que por la multiplicidad de fuentes, era difícil encontrar un orden y coherencia entre las disposiciones constitucionales y lo establecido en las demás leyes de desarrollo en materia de justicia constitucional. Por este motivo, se creó un instrumento jurídico-procesal que sistematizara, unificara y ordenara todos los principios, instituciones y demás cuestiones referidas a los procesos constitucionales señalados en el art.200 de la CPP 93’, con la única finalidad de satisfacer la demanda de tutela de los derechos fundamentales así como la garantía de la supremacía constitucional.

Es así como entra en escena el nuevo Código Procesal Constitucional del Perú, el cual es el primero en su género en el constitucionalismo iberoamericano. Entró en vigencia, después de una *vacatio legis*, el 1° de Diciembre del 2004. Su promulgación significó un nuevo rumbo para la justicia constitucional peruana pues sistematizó, unificó y perfeccionó los distintos procesos constitucionales previstos en el art. 200 de la Carta constitucional de 1993, a partir de las nuevas tendencias mundiales en la materia.

Uno de los logros más evidentes de este nuevo Código fue la sistematización de los principios que inspiran el ejercicio de la jurisdicción constitucional, incorporándolos en su Título Preliminar. Es importante mencionar que estos principios no son los únicos que rigen la actividad de la jurisdicción constitucional. Además de estos, se rige también por los principios de la Constitución de 1993, por el principio de autonomía procesal y los principios desarrollados a nivel jurisprudencial por el Tribunal Constitucional. Antes de iniciar el análisis, es importante señalar la importancia de la incorporación de estos principios en el Título Preliminar. Como es harto conocido, el Título Preliminar constituye una parte básica e introductoria a este cuerpo normativo, ya que sobre él descansan los principios que inspiran al ordenamiento objetivo que, si son bien entendidos y aplicados, aseguran lógicamente una correcta aplicación de lo que es el proceso constitucional⁷³⁴.

En primer lugar, el Título Preliminar incorpora en su art. III aquellos principios adoptados de la jurisdicción procesal ordinaria a fin de que se adapten a los nuevos procesos constitucionales. Estos son: 1) El principio de dirección judicial del proceso 2) El principio de economía procesal, 3) El principio de socialización del proceso 4) el principio de impulso oficioso y finalmente 5) el principio de elasticidad⁷³⁵. En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional se ha referido a estos principios orientadores como fundamentales para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales. En ocasión a un proceso de inconstitucionalidad, se expresó respecto de la naturaleza excepcional de los procesos constitucionales. En esta sentencia manifestó:

“La consagración constitucional de estos procesos les otorga un especial carácter, que los hace diferentes de los procesos ordinarios en cuatro aspectos: 1) Por sus fines, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no

⁷³⁴ ESPINOZA, J., *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, P.26.

⁷³⁵ Art.III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales; 2) Por el rol del juez, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales; 3) *Por los principios orientadores, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de favor processum o pro actione, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales;* y 4) Por su naturaleza, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no sólo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia⁷³⁶. (El cursiva es nuestro)

Posteriormente, en el art. IV, el Código se refiere a los órganos competentes de la jurisdicción constitucional. Respecto a los órganos con competencia para ejercer la jurisdicción constitucional, el Código señala que las competencias de cada órgano -del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial- se determinan de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, sus respectivas leyes orgánicas y las funciones que designe el Código.

Como principio, se apuesta porque los procesos constitucionales sean manifestación de una verdadera tutela de urgencia. Para ello, el Código excluyó la actuación del Ministerio Público en los procesos constitucionales de libertad. Referente a esto, señala GARCÍA BELAUNDE que: “La experiencia ha demostrado que acortar los plazos legales no es suficiente para lograr este objetivo, por lo cual el código optó por excluir la intervención del Ministerio Público y de su rol dictaminador en los procesos de amparo, hábeas data, cumplimiento y acción popular. Así lo dispone al señalar que

⁷³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, Sentencia 00023-2005-AI del 27 de octubre del 2006, F.j. 10

los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional”⁷³⁷. El hecho de excluir al Ministerio Público del conocimiento previo de estos procesos constitucionales tiene un afán exclusivamente garantista y busca reforzar la noción de “jurisdicción de emergencia” de estos procesos constitucionales, por lo cual se ha prescindido de los dictámenes fiscales que dilataban el proceso y ponían en riesgo los derechos tutelados⁷³⁸.

Otra principio relevante incorporado al Título Preliminar, es aquel referente a la interpretación de los derechos constitucionales. El art. V dispone que el contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el Código se deben interpretar de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos así como de las decisiones adoptadas por los Tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que Perú es parte⁷³⁹. Este principio ratifica aquel enunciado por la Constitución de 1993 en su CDFT.

Sin embargo, extiende las fuentes internacionales de interpretación, adicionando a las fuentes normativas internacionales también la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos de aquellos tribunales constituidos según tratado del cual Perú sea Estado Parte. En efecto, hace explícito el carácter vinculante de las mismas para la jurisdicción

⁷³⁷ GARCÍA BELAUNDE, D., *El nuevo Código Procesal del Perú*, Ponencia presentada al “Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional”, Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, 23-25 de setiembre de 2004. Esto se encuentra previsto en el Art. IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

⁷³⁸ Sin embargo, existe una excepción a esta exclusión cuando se trata de medidas cautelares dentro de procesos constitucionales de libertad contra actos administrativos municipales y regionales. Esto explica GARCÍA BELAUNDE: “Lamentablemente, durante el debate en el Congreso de la República se introdujo una modificación al procedimiento cautelar en los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento (artículo 15), según la cual, tratándose de medidas cautelares contra actos administrativos municipales y regionales, en el “incidente” que se abra intervendrá el Ministerio Público. Este es el único caso que permite la participación de dicha institución en los procesos constitucionales y, realmente, carece de toda justificación.” (GARCÍA BELAUNDE, *El nuevo Código...*, *op.cit.*, p.13.)

⁷³⁹ Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

interna. Este principio había sido reconocido jurisprudencialmente ya en el 2002, incluso antes de ser incorporado en el Código Procesal del 2004. Así había manifestado el Tribunal Constitucional que:

“De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”⁷⁴⁰.

Una vez incorporado al Código, el Tribunal Constitucional ha aplicado activamente este principio el cual le ha facilitado la integración de las normas internacionales y sus contenidos con las normas nacionales en los casos concretos que le ha tocado conocer. En este caso en particular, incluso ha extendido la vinculatoriedad de la jurisprudencia internacional no solo a lo resuelto, sino también a la fundamentación o *ratio decidendi*:

“La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT⁷⁴¹ Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso,

⁷⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° 0217-2002-HC , del 17 de abril del 2002

⁷⁴¹ Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución.

sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal (...) En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte⁷⁴².

También en el Título Preliminar se incluye- dada su vital importancia- el principio de supremacía constitucional y la institución del control difuso de constitucionalidad de las leyes, a la vez que se establecen sus límites. Como ya se ha hecho mención, el control difuso se encuentra previsto en los artículos 51° y 138° de la Constitución de 1993 que obligan a todo juez- en cualquier tipo de proceso judicial- a preferir la norma constitucional a disposiciones legales o de inferior jerarquía- en caso de existir conflicto entre éstas- ordenando la inaplicación (para el caso concreto) de la norma considerada inconstitucional. Al respecto, el art. VI del Código Procesal especifica que esta preferencia en la aplicación de la norma constitucional se hará siempre que ello sea relevante para la decisión del caso y que no haya forma de interpretar la norma cuestionada de conformidad con la Constitución.

También se establece en el artículo VI que los jueces no podrán inaplicar- por medio del control difuso- una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional- en un proceso de inconstitucionalidad- o por el Poder Judicial- en un proceso de Acción Popular⁷⁴³. Éste constituye un primer límite a la aplicación del control difuso en sede judicial. Con esto, consideramos que el Código busca afianzar el rol del Tribunal Constitucional como máximo garante, intérprete e integrador de

⁷⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N.º 2730-2006-PA/TC, del 21 de julio del 2006, Fj. 13-15

⁷⁴³ Art. IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

la Constitución, cuya función es dar coherencia y unidad interpretativa a las normas constitucionales a través de su jurisprudencia. El refuerzo del rol del Tribunal Constitucional se complementa al añadir- en el último párrafo del mencionado artículo- que los jueces interpretarán las leyes y normas legales, conforme a la interpretación que hagan de ellas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional.

Los principios referentes al control difuso de la constitucionalidad- señalados en el comentado artículo- también han sido aplicados y desarrollados por el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias. En esta sentencia en particular, donde el Tribunal se manifestó sobre el control difuso de constitucionalidad de las leyes en el proceso de amparo, se extendió en el análisis de los límites de este control, señalando que:

“(...)La necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de los jueces de toda sede y grado, procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado. Un límite, por cierto, al que se suman otros de no menor importancia: a) Por un lado, el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, (...)b) En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez (...) c) En tercer lugar, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio(...) es preciso, por un lado, que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucional de algún derecho protegido por este proceso, y, por otro, que el afectado lo haya cuestionado oportunamente en el proceso ordinario, ya que de otro modo no sería posible atribuir al juez la lesión de alguno de los contenidos del derecho a la tutela procesal, en los términos del artículo 4.º del Código

Procesal Constitucional y d) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad.”⁷⁴⁴.

Respecto a este último límite, referente a la imposibilidad del control de constitucionalidad de las leyes cuando estos hayan sido confirmados en un proceso de inconstitucionalidad, el mismo Tribunal desarrolla las excepciones a la regla y establece:

“En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa (...) (ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional. (iii) Por último cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución -respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional-, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley.”⁷⁴⁵

Otro principio fundamental del proceso incorporado del proceso ordinario lo constituye el *iura novit Curia*, incluido en el art. VIII del CP Const. Constituye en líneas generales- la misma referencia que sobre él se hace en el proceso

⁷⁴⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N.º 1680-2005-PA/TC del 11 de mayo del 2005, Fj. 4-8

⁷⁴⁵ *Ibid.*, Fj. 9

ordinario, pero aplicado a procesos constitucionales. Este principio reza que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente⁷⁴⁶.

Respecto a la aplicación de este principio en el proceso constitucional, el Tribunal ya había expresado- incluso antes que entre en vigencia el Código Procesal del 2004- la adecuación del principio del *iura novit curia* del proceso civil a uno de naturaleza constitucional. Así lo expresó en una sentencia referida al *iura novit curia* constitucional, y sus repercusiones en la determinación del contradictorio en el proceso constitucional de Amparo:

“(...) por lo que respecta al principio de congruencia de las sentencias o, a su turno, a la necesidad de que se respete el contradictorio en el seno del amparo, el Tribunal no considera que estos resulten afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del *iura novit curia* en este proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel. Y ello es así, pues sucede que el derecho subjetivo constitucional está, a su vez, reconocido en una norma constitucional, norma esta [...] que es indisponible para el Juez Constitucional y que, en consecuencia, aunque no haya sido invocada, debe aplicarse⁷⁴⁷”.

Con la entrada en vigencia del nuevo CPConst., el Tribunal ha venido utilizando el *iura novit curia* con mayor frecuencia, sobre todo en aquellos casos en los que tiene que replantear los derechos vulnerados en una demanda o modificar de oficio el proceso constitucional correspondiente para la tutela del derecho exigido. Este último caso sucedió a propósito de un

⁷⁴⁶ Art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

⁷⁴⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0905-2001-AA/TC del 14 de agosto del 2002, FJ 4.

hábeas corpus en el que la parte demandada exigía la restitución de su derecho del debido proceso por la imposición de una pena pecuniaria. El Tribunal, al advertir que los derechos exigidos no correspondían ser tutelados por el hábeas corpus, reconvirtió en proceso en uno de amparo. Así señaló:

“Si bien es cierto que los hechos denunciados por el demandante no guardan una relación directa con la libertad individual, no puede dejarse de advertir que el caso de autos compromete otros derechos fundamentales susceptibles de tutela (...) En consecuencia, al constatarse que la reclamación planteada ha sido erróneamente tramitada como hábeas corpus, cuando lo debió ser por vía del amparo, bien podría este Colegiado disponer la nulidad de los actuados y el reencausamiento de la demanda. Sin embargo, considerando i) la urgencia de restituir los derechos reclamados, ii) la correlativa necesidad de que el presente proceso se resuelva de forma oportuna y efectiva y, iii) lo inoficioso que resultaría rehacer un procedimiento cuando existen suficientes elementos para merituar su legitimidad, este Tribunal estima pertinente proceder a la inmediata reconversión del proceso planteado en uno de amparo y pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Por lo demás esta alternativa se encuentra sustentada en el principio *iura novit curia*, reconocido en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional.⁷⁴⁸

En el último artículo del Título Preliminar se reconoce el principio de aplicación supletoria de los códigos procesales afines a la materia discutida así como la integración normativa-constitucional, en caso de requerirlo el juez para mejor resolver del caso. Así, el art. IX del Código Procesal Constitucional establece que en caso de vacío o defecto del Código, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas,

⁷⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° N.º 05328-2006-PHC/TC del 11 de mayo del 2007

el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

El principio de integración normativa-constitucional es uno de los principios fundamentales que cimienta otro principio constitucional de la actividad del Tribunal Constitucional: El principio de autonomía procesal. Consideramos desde aquí, que una aplicación conjunta de los principios aquí enunciados-conjuntamente con el principio de autonomía del Tribunal Constitucional recogido en la Constitución de 1993- dotan al juez constitucional de una mayor disponibilidad de las herramientas procesales para lograr una mayor garantía jurisdiccional de las normas constitucionales.

Finalmente, en el Título Preliminar también se ha incorporado la ya mencionada figura del precedente vinculante. Esta figura surge en el sistema constitucional peruano a partir del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. El precedente vinculante busca dar respuesta a la problemática presente en la justicia constitucional sobre la “predictibilidad” de las decisiones de los jueces mediante el establecimiento de directrices sobre la forma en la que resuelven los tribunales superiores un determinado caso. El Tribunal Constitucional Peruano desarrolló a profundidad esta figura en la STC 0024-2003-AI/TC, Caso Municipalidad de Lurín, en la cual expresa que:

“(…) el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene, por su condición de tal, efectos similares a una ley (...) En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia. La competencia del Tribunal Constitucional para determinar un precedente vinculante se encuentra sustentada en el Artículo

VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (...)⁷⁴⁹.

La figura del precedente vinculante ha sido motivo de arduos debates en el seno de la doctrina constitucionalista peruana. La discusión se centra en la vulneración de la autonomía de los jueces del Poder Judicial, lo cual significaría un choque de roles entre el Tribunal Constitucional y el Poder judicial. Sin embargo, actualmente constituye uno de los principios del proceso constitucional que ha sido más eficaz para la ordenación de la caótica jurisprudencia en materia de derechos fundamentales.

4.4 El rol del Tribunal Constitucional en la jurisdicción constitucional peruana

4.4.1 La configuración del Tribunal Constitucional Peruano en la Constitución Política de 1993 y en sus Leyes de desarrollo

El título V de la Constitución Política de 1993, denominada “De las Garantías constitucionales” regula los siete procesos o garantías constitucionales vigentes además de la estructura y funciones del Tribunal Constitucional Peruano.

Los siete procesos regulados por la Carta Constitucional son 1) el *hábeas corpus*, cuyo ámbito de protección es la libertad individual 2) El *hábeas data*, que garantiza el acceso a la información pública y el derecho a la autodeterminación informativa; 3) el amparo, que tutela los demás derechos constitucionales; 4) la acción de cumplimiento, que obliga a la autoridad renuente a acatar un acto administrativo o una norma legal; 5) la acción

⁷⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, STC 0024-2003-AI/TC del 11 de octubre del 2005

popular, que elimina los reglamentos inconstitucionales o ilegales 6) la acción de inconstitucionalidad contra las leyes que violen la Constitución y 7) el proceso de competencia, que resuelve las controversias sobre facultades atribuidas directamente de la Constitución a los poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos y los gobiernos regionales o locales.

En este título, se configura el Tribunal Constitucional como:

“el órgano de control de la Constitución, autónomo e independiente, integrado por siete magistrados elegidos por cinco años, sin opción a reelección. Los magistrados gozan de la misma inmunidad, prerrogativas e incompatibilidades que los miembros del legislativo. Son designados políticamente a través del voto favorable de dos tercios del número legal de los miembros del congreso de la República”⁷⁵⁰.

La Carta Constitucional le atribuye al Tribunal Constitucional tres competencias centrales: 1) resolver el proceso de constitucionalidad contra las normas con rango de ley 2) conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento y 3) resolver los procesos competenciales que se suscitaran a propósito de las atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, órganos constitucionales, gobiernos regionales o municipales⁷⁵¹.

Con la entrada en vigencia del CPConst. del 2004, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) del 23 de julio del 2004 y su Reglamento Normativo (RN-LOTIC) del 2 de octubre del 2004, la configuración de las funciones del Tribunal Constitucional así como la de los procesos constitucionales de defensa de la Constitución y de los derechos

⁷⁵⁰ Art.201 de la Constitución Política del Perú de 1993.

⁷⁵¹ Art.202 de la Constitución Política del Perú de 1993.

fundamentales son precisadas a la luz de los desarrollos constitucionales llevados a cabo por el Tribunal mismo a través de sus sentencias interpretativas de la Constitución de 1993. Sobre todo aquellas sentencias dictadas en el contexto de recuperación de la democracia y reconstrucción institucional, acontecido con posterioridad a la caída del régimen dictatorial fujimorista, es decir, a partir del 2000⁷⁵².

Al respecto, afirma BOREA que a partir de la vigencia de estas leyes, se refuerza el rol garantista del Tribunal Constitucional y se profundiza en el desarrollo de los diferentes procesos constitucionales determinando los principios procesales, ahondando en su ámbito materialmente protegido, en sus causales de procedencia, en sus excepciones entre otras cuestiones formales⁷⁵³.

Entre las figuras que vienen a reforzar la labor del Tribunal Constitucional están, por ejemplo, el artículo 1° de la LOTC que define al Tribunal Constitucional como el órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad. Se refuerza su carácter autónomo e independiente además de afirmar que está sometido exclusivamente a la Constitución y a su Ley orgánica⁷⁵⁴.

En base a estas características medulares del Tribunal, en la Primera Disposición General de la LOTC así como en el art. VI del Código Procesal Constitucional se determina que los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley según los preceptos y principios constitucionales conforme la interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia en todo tipo de procesos. Además, el CPConst. reconoce- a nivel legal- la figura del “precedente”, en el art. VII de su Título Preliminar. En efecto, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante

⁷⁵² LANDA, C., *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Palestra, 2007, p. 551.

⁷⁵³ BOREA ,A., *El sistema democrático constitucional peruano en la era de la globalización y los derechos humanos*, Lima, Gaceta Jurídica , 2007, p.114

⁷⁵⁴ Art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

cuando así lo expresa la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal decida apartándose de su precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derechos así como las razones que le han llevado a tomar tal decisión⁷⁵⁵.

Afirma LANDA que, a raíz de tales refuerzos normativos al rol del Tribunal Constitucional diseñado inicialmente por la Constitución de 1993, las sentencias del Tribunal Constitucional pasan a tener tres efectos diferentes en el sistema judicial peruano, dependiendo de la fuerza vinculante de la sentencia en el ordenamiento jurídico: 1) el efecto anulatorio, donde se expulsa la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico, con efecto erga omnes (propio del proceso de inconstitucionalidad)⁷⁵⁶, 2) el efecto vinculante, donde el Tribunal deja claro que parte de la sentencia va a tener que aplicarse en los mismos términos para casos futuros (propio de los procesos de defensa de los derechos fundamentales)⁷⁵⁷ y 3) el efecto orientador, a través del cual, aunque no existe obligación de los jueces de aplicar tal cual la sentencia, están obligados a no apartarse de los rasgos esenciales de ella, dejándole libre discrecionalidad respecto de los rasgos accidentales⁷⁵⁸.

De la observación respecto a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano podemos deducir que sea cual sea el efecto, la interpretación que el Tribunal desarrolla respecto de los derechos fundamentales -y en general, de cualquier disposición constitucional- determina el contenido normativo de tal disposición así como delimita su

⁷⁵⁵ Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

⁷⁵⁶ Art. 204 de la CPP '93.

⁷⁵⁷ Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. También ha sido desarrollado jurisprudencialmente en la STC N° 0024-2003-AI/TC la cual manifiesta: "El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga."

⁷⁵⁸ Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. La doctrina constitucional ha sido desarrollada a nivel jurisprudencial en la STC n°4227-2005-PA/TC. En esta sentencia, el Tribunal señaló que los jueces y los tribunales tienen la obligación de interpretar y aplicar las leyes y toda norma con rango de ley, y los reglamentos respectivos, según los preceptos y principios constitucionales, conforma a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por este colegiado en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad (Fj. 42-43)

ámbito de protección, convirtiéndolo en lo que se denomina un contenido “líquido y cierto”.

Señala Cesar LANDA que la complejidad de este órgano constitucional impide que pueda ser entendido únicamente a partir de las atribuciones que le han sido conferidas normativamente por el régimen constitucional que lo regula y que incluso, el neopositivismo constitucional- asentado exclusivamente en la jurisprudencia- ha resultado insuficiente para comprender su rol en el proceso histórico, social y político. A partir de esta observación, el expresidente del Tribunal Constitucional afirma que: “El Tribunal Constitucional puede ser entendido no sólo como un órgano constitucional, sino también como un órgano jurisdiccional, incluso, como un órgano político⁷⁵⁹.”

Reflexionando en torno a estos roles, LANDA considera que aparte de ser el órgano constitucional encargado del control de la constitucionalidad (art.202), el Tribunal Constitucional ha sido configurado constitucionalmente como un órgano jurisdiccional al asumir la función de impartir justicia constitucional y convertirse así en una instancia de fallo respecto de los procesos de inconstitucionalidad y de conflictos de competencia, además de conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de los procesos constitucionales de hábeas corpus, hábeas data, amparo y cumplimiento (art.202 CPP, art. Art.18 del CPC y art.2 de la LOTC). Finalmente, también ha sido configurado como un órgano político pues es reconocido -en última instancia- como vocero del Poder Constituyente, en la medida que es el intérprete supremo de la Constitución. Sostiene que: “(...)Esta concepción se encuentra determinada tanto por sus decisiones, que pueden tener efectos políticos, como por la posibilidad de someter a control constitucional las denominadas cuestiones políticas.⁷⁶⁰”

⁷⁵⁹ LANDA, C., *Derechos fundamentales...*, op.cit., p. 253.

⁷⁶⁰ LANDA, C., *Derechos fundamentales...*, op.cit., p.256.

Una última cuestión importante para entender el rol del Tribunal Constitucional peruano como garante de la Carta Constitucional de 1993 está en entender el principio de autonomía procesal el cual ha permitido que este órgano perfeccione, a través de sus resoluciones, su rol garantista de los derechos fundamentales y la defensa de la supremacía constitucional. Es menester para poder explicar la importancia de este principio procesal en el rol garantista del Tribunal Constitucional, aproximarnos un poco al desarrollo del Derecho procesal constitucional en el sistema jurídico peruano en los últimos años.

Con la finalidad de dar eficacia real a las disposiciones constitucionales en vista del atropello que sufrió la Constitución peruana en el decenio fujimorista, un grupo de prestigiosos constitucionalistas peruanos insistió en la necesidad de desarrollar normativamente y de forma sistemática, los procesos constitucionales previstos en la Carta constitucional de 1993⁷⁶¹. Para ello, partieron de la consideración que el proceso constitucional- por su especial naturaleza- debía desarrollarse en un Código que de forma ordenada y sistemática, enunciara los principios procesales de la jurisdicción constitucional así como que desarrollara detalladamente cada proceso constitucional. Evidentemente, el proceso constitucional era diferente a los

⁷⁶¹ Una comisión autoconvocada en 1994, instalada en 1995 e integrada por abogados y profesores universitarios, sin más vínculos que la amistad y el propósito de mejorar lo existente, se reunió durante largos años con la idea de preparar una ley genérica que abarcara todos los procesos constitucionales, en forma sistematizada, moderna, orgánica y recogiendo la experiencia de los últimos años. La idea original partió de Juan Monroy Gálvez, y a ella se sumaron Domingo García Belaunde, Francisco J. Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel B. Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia. Nadie pensaba en aquel entonces que se dedicaría tanto tiempo, en un texto que al parecer no tenía futuro alguno, viviendo, como se vivía en aquel entonces, en medio de la autocracia fujimorista. Pero lo importante es que sus integrantes tuvieron fe en el proyecto, destinado a ser ley orgánica, ley procesal constitucional o Código Procesal Constitucional. Una primera versión nació en 1996 y luego surgieron otros los años siguientes. La última versión, notablemente corregida y ampliada, se publicó en un libro a cargo de la editorial Palestra en octubre de 2003, conjuntamente con su exposición de motivos, importante para comprender lo que ahí se propone. En diciembre de 2003, un grupo parlamentario multipartidario lo hizo suyo, lo presentó al Congreso, tramitándose en las respectivas comisiones, que finalmente presentaron un producto final que, en sustancia, recogía el noventa por ciento del anteproyecto presentado por la comisión. Y como tal fue sancionado en el Pleno y promulgado poco después, entrando en vigencia el 1° de diciembre del 2004. (GARCÍA BELAUNDE, D., *El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú*, Presentado al “Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional”, Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, 23-25 de setiembre de 2004.)

procesos ordinarios por lo cual debía contar con principios procesales especiales, sobre todo respecto al ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte del Tribunal Constitucional, que era el máximo garante de la Constitución. En efecto, nace el Código Procesal Constitucional con estas características, en el cual además de reconocer principios procesales propios de la jurisdicción ordinaria, reconoce principios procesales especiales, de los cuales el más importante e innovador es el principio de autonomía procesal.

4.4.2 *La doctrina de la autonomía procesal*

Después de fenecido el régimen fujimorista, inició en Perú el proceso de transición democrática que- entre otras cosas- buscó recuperar las instituciones que habían sido tomadas por el régimen. En esta línea, se recuperó el Tribunal Constitucional y se valoró la respuesta que frente al evidente giro inconstitucional del régimen habían tenido algunos de sus miembros; hecho que, evidentemente, reforzó la imagen pública del Tribunal como garante de la constitucionalidad.

En este contexto, se buscó dotar al Tribunal de ciertas facultades que, ante evidentes amenazas al Estado constitucional, le permitieran actuar para garantizar la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales. Al respecto, el expresidente del Tribunal, Cesar LANDA ha manifestado:

“(…)en el actual proceso democrático, es necesario que además el Tribunal Constitucional construya, legítimamente, un espacio propio de competencias, como árbitro final, no dentro del clásico modelo de división de poderes, sino dentro del modelo de control y balance de poderes – *check and balances*. Lo cual requiere del reajuste permanente de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, tarea

que no es pacífica, puesto que pone en tensión las relaciones entre el Derecho y la Política”⁷⁶²

Esta “tensión” entre las funciones del Tribunal Constitucional con los demás poderes está supeditada al tipo de sociedad en la que funcione el Tribunal. En este sentido, el autor explica que en las sociedades integradas y homogéneas, la incorporación del Tribunal Constitucional al Estado de Derecho ha logrado desempeñar un rol institucional de balance de los poderes políticos en los modernos regímenes democráticos, sin perjuicio que hayan presentado algunos problemas institucionales durante el establecimiento de la justicia constitucional en el sistema político⁷⁶³. Sin embargo, en sociedades heterogéneas, complejas y desintegradas -como en su mayoría, las sociedades latinoamericanas- se encuentran, básicamente, dos formas distintas de entender la relación entre la democracia y la justicia constitucional. Así tenemos, una posición dogmática que incide en el rol y la posición que ocupa la justicia constitucional en el sistema político, basada en un absolutismo de la mayoría numérica parlamentaria, y otra posición relativista para la cual la defensa de los valores de la libertad mediante la justicia constitucional es consustancial al sistema político. En el primer caso es fácil entender que tanto la democracia como el Tribunal Constitucional sean solo instrumentos de sus fines y objetivos. Mientras que para el segundo caso, el rol de la justicia constitucional se entiende como una obra abierta y en movimiento, orientado a limpiar de impurezas la construcción del camino democrático del Estado constitucional.⁷⁶⁴

Contextualizándose el autor en el proceso de transición democrática vivida en Perú en el primer decenio del siglo XXI, afirma que la posición del Tribunal Constitucional no puede ser analizada desde una perspectiva

⁷⁶² LANDA, C., *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, 3ªed., Lima, Ed. Palestra, 2007, p. 691 y ss.

⁷⁶³ Ídem, p.64

⁷⁶⁴ Ídem, p.66

dogmática o neutral frente a la democracia, sino desde una perspectiva de defensa y desarrollo de las relaciones integradoras del gobierno y la oposición. Para lo cual, la legitimidad constitucional se convierte en el concepto clave, por cuanto permite entender el papel de la jurisdicción constitucional en el marco del sistema democrático y de las posibilidades y/o límites dentro del régimen político del presidencialismo así como de sus relaciones con los poderes del Estado. Es a partir de estos presupuestos que el autor sostiene la justificación material del principio de autonomía procesal en el marco de un Estado constitucional de derecho peruano.

Así, según LANDA, en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la labor del Tribunal Constitucional es de integración jurídica de las normas, fallos y actos presuntamente violatorios con la Constitución. Por tanto, su labor trasciende la labor jurisdiccional del juez ordinario, a quien revisa- en última y definitiva instancia- sus fallos; motivo por el cual requiere de un mayor nivel de autonomía procesal que le permita flexibilizar las formalidades de los procedimientos con objeto de alcanzar los fines constitucionales del mismo, a través de un derecho constitucional y procesal dúctil⁷⁶⁵. En este sentido, sostiene que: “En el actual proceso de fortalecimiento de la democracia, la autonomía procesal es una necesidad inexorable del Tribunal Constitucional, a través de su regulación en su Reglamento y sus sentencias, si se quiere cumplir a cabalidad el principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales”.⁷⁶⁶

LANDA, en su estudio sobre esta figura, hace referencia a un trabajo previo de la española Patricia RODRIGUEZ- PATRÓN sobre la autonomía procesal como potestad del Tribunal Constitucional español. Aquí, la autora refiere que el origen de esta figura está en la doctrina iusprivatista alemana del

⁷⁶⁵ LANDA, C., “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional” en FERRER, E. y ZALDIVAR, A., (Coord.) *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*, Lima, IDEMSA, 2009, p.447

⁷⁶⁶ *Ídem*, p.449

siglo XIX la cual la identificaba como la existencia de una personalidad jurídica diferenciada de la estatal que tiene la capacidad de autorregularse. Señala que la capacidad de autorregulación sería la cualidad de la autonomía procesal que interesa al Derecho Público, el que posteriormente la adopta. En principio, el Derecho Público utiliza el concepto para definir la capacidad de auto-organización de los órganos constitucionales, pese a tratarse de órganos estatales sin personalidad jurídica. Posteriormente, la capacidad de auto-organización del órgano constitucional deja de ser el elemento esencial de la autonomía para dar paso a la voluntad estatal explícita o implícita de conceder a determinadas organizaciones ese derecho⁷⁶⁷.

Señala RODRIGUEZ que, en relación al Tribunal Constitucional, se generaliza la aplicación de la autonomía procesal a partir de un informe sobre el status del Tribunal Constitucional Alemán en 1952⁷⁶⁸. En aquel informe se expresaba la necesidad de la autonomía en la actuación de dicho Tribunal como consecuencia de su posición de órgano constitucional definido por la Ley Fundamental⁷⁶⁹. Es de esta forma como la doctrina se expande por el constitucionalismo europeo de finales del siglo XX y es adoptado por el Tribunal Constitucional peruano de inicios del siglo XXI para legitimar constitucionalmente el ejercicio de la autonomía procesal en su rol como garante de la Constitución.

En efecto, para nuestra autora, el principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional consiste en: “(...) el perfeccionamiento jurisdiccional que de su regulación procesal realiza el Tribunal Constitucional, más allá de los métodos convencionales de interpretación e integración del Derecho (cuando éstos se revelan insuficientes dada la especialidad del proceso constitucional). A través de ella, el Tribunal Constitucional, en el seno de

⁷⁶⁷ RODRÍGUEZ PATRÓN, P., *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, 1ºed., Madrid, Iustel, 2005, p. 32

⁷⁶⁸ ídem, p. 36.

⁷⁶⁹ Ídem, p.36.

procesos concretos, crea reglas y principios procesales generales más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidad.”⁷⁷⁰

Esto no significa que el Tribunal pueda disponer con libre criterio del principio de autonomía procesal, sino que dicho principio encuentra sus límites en los fines esenciales de los procesos constitucionales los cuales son la salvaguarda de la Constitución y la garantía de los derechos fundamentales⁷⁷¹. En este sentido, señala RODRIGUEZ PATRÓN que: “La posición del Tribunal Constitucional como órgano constitucional y tribunal especial no sólo resulta ser el origen de la libertad demostrada en la configuración de su derecho procesal, sino que también ha de ser la principal fuente que determine sus límites.”⁷⁷²

Respecto a la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, sostiene LANDA que lo trascendente de la figura es que: “(...)le confiere al Tribunal Constitucional, un importante grado de libertad y responsabilidad al momento de definir, subsidiariamente a la ley, su derecho procesal; permitiéndole desarrollar principios con pretensión de generalidad a través de la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes - *stare decisis* -, de modo que puedan ser aplicados a casos similares posteriores⁷⁷³” Consecuentemente, afirma que la autonomía procesal del Tribunal Constitucional significaría que ante las antinomias y lagunas del derecho- el Tribunal tendría la posibilidad de desarrollar o reconstruir las normas constitucionales, sustantivas o procesales, objeto de aplicación, cuando los métodos tradicional de

⁷⁷⁰ RODRIGUEZ-PATRÓN, P., *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003, p.141.

⁷⁷¹ César Landa ha señalado que estos límites son formales y materiales. En este sentido, los límites formales son aquellos que están establecidos en el derecho objetivo; mientras que los límites materiales se expresan en la jurisprudencia constitucional en la medida que desarrolla los vacíos procesales de las normas, agregando a lo dicho que los límites materiales se encuentran en función de los límites formales¹⁰⁸. Límites formales como la Constitución y las leyes, los tratados internacionales, la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución, y límites materiales como el principio de subsidiariedad, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, el principio de interdicción de la arbitrariedad, alcanzan, desde la perspectiva de este autor, una importancia mayúscula. (LANDA, C., “La autonomía procesal...”, p. 464-465)

⁷⁷² RODRIGUEZ PATRON, P., *La autonomía...*, op.cit., p.157.

⁷⁷³ LANDA, C., “La autonomía procesal...”, *Ídem*, p. 446.

interpretación e integración del derecho se demuestren insuficientes para llevar a cabo las tareas que le son propias, en el ejercicio de sus funciones como supremo intérprete de la Constitución y, en última instancia, como vocero del Poder Constituyente.⁷⁷⁴ En resumen- y de forma más simplificada en palabras de ESCALANTE MENDOZA- la autonomía procesal del Tribunal Constitucional es “la potestad de creación judicial de Derecho Procesal Constitucional por el Tribunal Constitucional.”⁷⁷⁵

Evidentemente, el principio de autonomía procesal así expuesto por LANDA ha generado muchas críticas las cuales se centran principalmente en la afectación que el ejercicio de la autonomía procesal puede tener en los derechos fundamentales y en los principios de seguridad jurídica y de reserva legal de las normas procesales constitucionales. Uno de sus más fervientes críticos es Juan MONROY quien ha sostenido en un trabajo con el sugerente título “La autonomía procesal y el Tribunal Constitucional: Apuntes sobre una relación inventada” que: “Si en lugar de normas procesales de origen legal, los jueces van a construir reglas procesales al interior de sus decisiones, las cuales van a ser empleadas como normas en procesos futuros, toda la actividad procesal puede trasladarse al ámbito de lo relativo y discutible. La aplicación de estas “normas” a tal o cual tipo de procedimiento o, por otro lado, la discusión sobre su vigencia temporal entre otros, son temas que generarían una complejidad que muy rápidamente conduciría al caos de la actividad procesal. Es clara la enseñanza de Häberle en torno a la calidad especial que tienen las normas procesales que tutelan derechos constitucionales; sin embargo, no puede dejar de ser clara, también, la posibilidad de que, desde el punto más elevado de la garantía jurídica, se afecten precisamente derechos fundamentales⁷⁷⁶”

⁷⁷⁴ Ídem, p.449.

⁷⁷⁵ MENDOZA, M., “La autonomía procesal constitucional” en *Justicia Constitucional: Revista de jurisprudencia y doctrina*, año 2, n°4, Julio-Diciembre 2006, Lima, p. 103 y ss.

⁷⁷⁶ MONROY, J., “La “autonomía procesal” y el Tribunal Constitucional: Apuntes sobre una relación inventada” en: *Themis - Revista de Derecho*, PUCP, Lima, Febrero 2008, pp. 87 y ss.

Desde aquí, consideramos que esta última visión crítica a la autonomía procesal ejercida por el Tribunal constitucional peruano puede ser válida como preocupación sobre los efectos nocivos de un Tribunal “superpoderoso” sin límites más que los autoimpuestos. Pero creemos que este no es el caso y menos en la situación crítica que se encuentran los derechos fundamentales -en mayor medida los sociales- por la falta de especificación normativa de su contenido debido a la desidia del Legislativo. Es decir, ni se trata de un Tribunal Constitucional con autonomía procesal ilimitada ni es ilegítimo su ejercicio en vista de su rol central de garante de los derechos fundamentales.

Para esto, consideramos que es necesaria una interpretación conjunta de las normas que determinan el ámbito competencial del Tribunal Constitucional con los principios que inspiran su actuación así como aquellos que inspiran el Estado social y constitucional de Derecho. Con todo, el Tribunal Constitucional -en su actuación- está limitado por la propia Constitución y las normas que la desarrollan, razón por la cual, si es posible demostrar su naturaleza jurídico-constitucional, no hay razón para rechazar la figura en el constitucionalismo peruano.

El fundamento normativo-constitucional del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional peruano se encuentra en el art. 201 de la Constitución el cual refiere que: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente (...)”. Con la entrada en vigencia de su nueva Ley Orgánica, en 2004, se le configura no sólo como órgano de control, sino además como “órgano supremo de interpretación e integración de la Constitución”, con lo que se le reconoce la facultad de determinar los ámbitos de su propia competencia. Además el Código Procesal Constitucional, en el art.III de su Título Preliminar señala que: “(...) el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este código al logro de los fines de los procesos constitucionales.” Estos fines están comprendidos en el art.II del

mismo Título Preliminar: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

En aplicación de estas disposiciones, se ha incorporado jurisprudencialmente el principio de autonomía procesal a través del cual se faculta al Tribunal Constitucional para desarrollar, configurar, complementar y adecuar las reglas del proceso constitucional, en el marco de los principios generales del derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales⁷⁷⁷.

En un análisis jurisprudencial que el constitucionalista peruano MENDOZA ESCALANTE hace sobre el tema, refiere que si bien el Tribunal Constitucional incorpora el principio de autonomía procesal *expressis verbis* por primera vez en el año 2005 con los casos *Anicama Hernández y Hoja de Coca*, en realidad, tal principio ya había sido aplicado antes. Señala MENDOZA que el reconocimiento por parte del propio Tribunal Constitucional de su competencia para fijar reglas que optimicen la protección de los derechos constitucionales se había dado previamente en el caso *Arellano Serquén* de abril del 2004⁷⁷⁸. En aquella ocasión, con intención de introducir el instituto procesal del “estado de cosas inconstitucionales”, afirmó que:

“(…) dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del ‘estado de cosas inconstitucionales’”⁷⁷⁹.

Aquí, el Tribunal no hizo referencia a ningún principio según el cual se atribuya alguna potestad de creación de normas procesales constitucionales.

⁷⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, STC N°0020-2005-PI/TC FJ. 2

⁷⁷⁸ MENDOZA, M., “La autonomía procesal constitucional...”, *op.cit.*, pp.106.

⁷⁷⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC Exp. N.° 2579-2003-HD/TC, F.J. 19

Empero, deja claro que “es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales”⁷⁸⁰.

Posteriormente, en el caso “Anicama Hernández” del 8 de julio del 2005, el Tribunal- por primera vez- determina en forma expresa su “autonomía procesal” para la creación de reglas de remisión del proceso de amparo al proceso contencioso administrativo⁷⁸¹. Así expreso el Tribunal:

“Por lo demás, dicho cambio de precedente se encuentra amparado por el *principio de autonomía procesal* que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación de este Tribunal, conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente superada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del CPConst.)”⁷⁸².

En la misma sentencia, más adelante, el Tribunal Constitucional afirma su competencia para determinar reglas procesales de integración de los procesos constitucionales en caso de así requerirlo, con la finalidad exclusiva de atender los mandatos que la Constitución le impone. De esta forma surge el principio de autonomía procesal en el proceso constitucional peruano, sujeto a los principios y límites que la propia Constitución determine:

“En efecto, en ejercicio de su autonomía procesal, el Tribunal Constitucional puede establecer reglas que tengan una pretensión de generalidad y que puedan aplicarse posteriormente a casos similares, siempre y cuando estas reglas tengan como finalidad perfeccionar el proceso

⁷⁸⁰ Íbidem, f.j.19.

⁷⁸¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC. Exp. N.º 1417-2004-AA/TC, f.J. 54: “Estas reglas son dictadas en virtud del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional [...]”.

⁷⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC. Exp. N.º 1417-2004-AA/TC, F.j. 48.

constitucional y se encuentren limitadas por el principio de separación de poderes, la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”⁷⁸³

Además, evoca el principio de adecuación de la forma a los fines del proceso constitucional⁷⁸⁴ como una obligación prevista para el juez constitucional⁷⁸⁵.

Respecto a ello refiere que el juez:

“(…) goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos constitucionales.”⁷⁸⁶

Ese mismo año, otra sentencia viene a consolidar el principio de autonomía procesal jurisprudencialmente creado en el caso “Anicama Hernández”. Así, en el caso “Hoja de Coca” del 8 de agosto del 2005, el Tribunal afirma que en su condición de máximo intérprete de la Constitución y “órgano supremo de control de la constitucionalidad”- es titular una autonomía procesal que le permite desarrollar y complementar el derecho procesal constitucional a través de su jurisprudencia⁷⁸⁷. A partir de lo argumentado en estas sentencias, el Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de autonomía procesal como consecuencia de su función de intérprete e integrador de la Constitución y como fundamento para la creación de nuevas normas procesales constitucionales.

De un análisis casuístico realizado en torno a esta figura en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, MENDOZA ESCALANTE concluye que la

⁷⁸³ *Ídem.*

⁷⁸⁴ Art. III DEL Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

⁷⁸⁵ *Ídem.*

⁷⁸⁶ *Ídem.*, FJ.48

⁷⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados) del 8 de agosto del 2005, Fj. 2.

autonomía procesal constitucional ha tenido lugar por lo menos en cuatro aspectos procesales: el objeto del proceso, los sujetos del proceso, el efecto de actos decisorios (autos y sentencias) y de su jurisprudencia y en las reglas de procedimiento de remisión de procesos⁷⁸⁸. Así visto, el ejercicio de la potestad habilitada por este principio al Tribunal Constitucional se ha proyectado sobre instituciones básicas del proceso constitucional, inspirado para ello en el propósito de optimizar el cumplimiento de las finalidades de los respectivos procesos constitucionales⁷⁸⁹. Consecuentemente, la autonomía procesal del Tribunal le permite crear normas procesales para efectivizar los procesos constitucionales y lo hace respecto de cualquier etapa o dimensión del proceso. Estas normas procesales son aplicables sólo si así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. Las figuras procesales creadas en virtud del ejercicio de la autonomía procesal constituyen creaciones de normas procesales constitucionales que- por lo mismo- están desprovistos de una previsión por la legislación procesal constitucional vigente⁷⁹⁰.

Como ejemplo podemos mencionar que es a través del principio de la autonomía procesal que el Tribunal Constitucional ha podido superar las limitaciones de los clásicos métodos de interpretación de las normas -los métodos literal, teleológico, sistemático e histórico- al incorporar jurisprudencialmente una serie de principios ad-hoc a los procesos constitucionales que le permiten cumplir de manera más adecuada la misión orientadora y canalizadora del proceso de interpretación constitucional para la solución de un caso concreto. Tales principios son: 1) el principio de unidad de la Constitución 2) el principio de concordancia práctica 3) el principio de corrección funcional 4) el principio de función integradora 5) el principio de fuerza normativa de la constitución y 6) el principio de

⁷⁸⁸ MENDOZA, M., “La autonomía procesal constitucional...”, *op.cit.*, p. 103 y ss.

⁷⁸⁹ *Ídem.*

⁷⁹⁰ *Ídem.*

interpretación conforme a la Constitución⁷⁹¹. Estos principios han sido desarrollados jurisprudencialmente, a partir de la aplicación del principio de autonomía procesal.

Adicionalmente, el Tribunal ha incorporado figuras procesales novísimas no contempladas normativamente, pero aplicadas y desarrolladas por el Tribunal en su jurisprudencia con la intención de hacer más efectivos los procesos constitucionales para la persecución de sus fines constitucionales. Estos desarrollos procesales jurisprudenciales se han dado respecto a diferentes dimensiones del proceso constitucional y respecto a los diversos procesos. Se han desarrollado normas procesales respecto a los sujetos del proceso- como el caso del partícipe como sujeto del proceso de inconstitucionalidad⁷⁹²-, al objeto del proceso- como la extensión del objeto de la inconstitucionalidad de las leyes respecto a normas derogadas⁷⁹³, normas infralegales⁷⁹⁴ y normas de reforma constitucional⁷⁹⁵- pero también

⁷⁹¹ LANDA, C., “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional” en *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Año II, N°4, Julio 2006, Lima, Palestra, p.64-95.

⁷⁹² La intervención del partícipe tiene como propósito “aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo.” Se trata de sujetos que en atención a las funciones la Constitución les ha otorgado “detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fj.23.)

⁷⁹³ El Tribunal ha afirmado que las normas derogadas también pueden ser objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad en tres supuestos: a) cuando sean susceptible de ser aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas acaecidas durante el tiempo en que estuvo vigente; b) cuando es aplicada ultractivamente; y, finalmente, c), en los supuestos de normas penales o tributarias, cuya declaración de inconstitucionalidad despliega efectos retroactivos absolutos, es decir, han de motivar la reapertura de procesos con autoridad de cosa juzgada. Con excepción de este último supuesto que se infiere de la Constitución y del propio Código Procesal Constitucional, cuando regula las excepciones a los efectos profuturo de la sentencia de inconstitucionalidad, los dos anteriores han sido desarrollos efectuados por el propio Tribunal. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N.º 045-2004-PI/TC, Fj. 10 y ss.)

⁷⁹⁴ El Tribunal ha extendido su competencia sobre las normas objeto de control al ámbito de las normas de jerarquía infralegal. Así, ha empleado la facultad habilitada por el art. 78 del CPC del 2004 de declarar la inconstitucionalidad de normas no impugnadas, pero vinculadas por “conexión o consecuencia” a la declarada inconstitucional. El Tribunal afirma la indeterminación de dicha disposición en tanto ella no precisa que la norma inconstitucional por extensión tenga que formar parte del mismo cuerpo normativo como tampoco que ella tenga que ser de la misma jerarquía a la declarada inconstitucional. Además del supuesto de conexidad o consecuencia ya previstos en el CPC del 2004, se crea un supuesto adicional: la extensión de la inconstitucionalidad a las normas que reproducen o redundan el contenido de la declarada inconstitucional. Para tal conclusión, el Tribunal parte de tres argumentos: la declaración de inconstitucionalidad de normas infralegales subyace a la ratio del art. 78º, el principio de coherencia del ordenamiento jurídico y el principio de supremacía

respecto a los efectos de las sentencias-como el “estado de cosas inconstitucionales”⁷⁹⁶ y la modulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad⁷⁹⁷-así como también a otros aspectos procesales- como la *prospective overruling*⁷⁹⁸ y las reglas de remisión de demandas al proceso ordinario⁷⁹⁹.

constitucional.(TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° 045-2004-AI/TC del 29 de octubre de 2005, fj.75)

⁷⁹⁵ La extensión de las normas objeto de control al ámbito de las leyes de reforma constitucional fue introducida en la sentencia del caso “Colegio de Abogados del Cusco”. Este Tribunal considera que aun cuando este tipo de leyes no se están comprendidas por la Constitución como objeto del proceso de inconstitucionalidad (art. 200, inc. 4), él es “competente” debido a que ellas se incorporan al ordenamiento “mediante una ley” y porque el poder de reforma “no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto limitado.” También en el caso “Ley de reforma constitucional del sistema pensionario” es donde con mayor detenimiento ha abordado la problemática. Sostuvo en tal caso que “*es pertinente que el Tribunal Constitucional, como principal garante de la Constitución, vele porque la Norma Suprema no sea en sí misma vulnerada a través de normas modificatorias que puedan atentar*” los “contenidos fundamentales de la constitución” En tal contexto, podría someter a examen “como parte de su *competencia implícita*, su propio marco constitucional de control”. Asimismo, sostiene luego que, conforme a la Constitución (art. 201°), “siendo el Tribunal Constitucional [...], el *órgano de control de la Constitución*, se encuentra legitimado para intervenir excepcionalmente como un ente competente para analizar la norma constitucional impugnada, pero única y exclusivamente sobre la base del ‘contenido fundamental’ protegido implícitamente en la Constitución.”³¹ Concluye su argumentación afirmando que “en tanto *vocero del poder constituyente*, es el *titular legitimado para ejercer el control jurídico del poder constituido*. Por tal razón, este Colegiado es el órgano competente para analizar la constitucionalidad de la ley de reforma constitucional del régimen pensionario [...]”(TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N.º 014-2002-AI/TC, Fj. 35, también STC N.º 050-2004-AI/TC y otros (acumulados), Fj. 3)

⁷⁹⁶ La declaración del estado de cosas inconstitucionales puede tener lugar en dos supuestos: 1) cuando “la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso (...), vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso, y 2) tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, (...) si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público.” El Tribunal afirma que con este instituto se trata de “extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N.º 2579-2003-HD/TC del 6 de abril de 2004, fj.19.)

⁷⁹⁷ La facultad de modulación de los efectos en el tiempo de la sentencia sólo está, normativamente, habilitada en los supuestos de declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias (art.81 del CPC 2004). No obstante, en las sentencias con efecto retroactivo, el Tribunal ha extendido la modulación del efecto a la declaración de inconstitucionalidad de normas penales. Así, El Tribunal adjudica efecto *profuturo* a una sentencia que, en principio, debía detentar efecto retroactivo. Pero, además, difiere tal efecto a través de una *vacatio sententiae*, con lo cual, termina siendo una sentencia de *efecto profuturo diferido*. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° 0010-2002-AI/TC, FJ. 229.)

⁷⁹⁸ El Tribunal Constitucional adopta la técnica del *prospective overruling* en la sentencia recaída en el caso “Gallegari Herazo” en julio de 2004. A través de ella se efectúa una modulación de los efectos en el tiempo de un cambio jurisprudencial. En principio, una variación de la jurisprudencia tendría que operar de inmediato sobre el caso. Sin embargo, con esta técnica, aun cuando se procede a efectuar el cambio jurisprudencial, este “no adquiere eficacia para el caso decidido, sino sólo en relación a

En los últimos años, el rol del Tribunal Constitucional ha sido fundamental para desarrollar y determinar los contenidos constitucionales de las disposiciones de la Carta Constitucional de 1993⁸⁰⁰. Éste ha desarrollado una verdadera “mutación constitucional” de la Ley Fundamental de 1993, interpretando sus disposiciones a partir de los principios constitucionales del Estado social de Derecho y la garantía de los derechos fundamentales. Muchos autores sostienen que esta ha sido una alternativa democrática a la reforma constitucional, debido al origen golpista de la Constitución de 1993.

En muchos momentos, esta actividad garantista del Tribunal Constitucional ha recibido el apoyo popular debido a la integridad moral de sus miembros y a la calidad de sus argumentaciones pero también han surgido algunos críticos que cuestionan lo que consideran excesos del Tribunal Constitucional⁸⁰¹. Esto ha ocasionado que se levanten detractores exigiendo

hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el overruling”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° 0090-2004-AA/TC, del 5 de julio de 2004.)

⁷⁹⁹ En sentencia recaída en el caso “Anicama” se estableció la doctrina según la cual sólo las lesiones del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión pueden ser conocidas a través del proceso constitucional de amparo, de modo que las que no afecten tal contenido habrán de ser conocidas a través de un proceso ordinario, el cual es el contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal debió establecer ciertas “reglas procesales” conforme a las cuales habría de remitirse al juez competente las demandas declaradas improcedentes en virtud de la nueva doctrina adoptada. La regla establecida es: la demanda de amparo declarada improcedente debe ser remitida al juez que la admitió y, éste, a su vez, la remitirá al juez competente del proceso contencioso administrativo o avocarse a su conocimiento, de ser el caso, debiendo éste realizar diversas actuaciones orientadas a viabilizar satisfactoriamente la demanda. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° 1417-2004-AA/TC, de 8 de julio de 2005, FJ. 37 y ss.)

⁸⁰⁰ ABAD, S., *Constitución y Procesos Constitucionales*, Lima, Palestra, 2010, p. 69.

⁸⁰¹ Anibal QUIROGA se ha mostrado muy crítico a la labor del Tribunal Constitucional en los años posteriores a la caída del régimen fujimorista, afirmando que han existido excesos en el ejercicio del control concentrado. Afirma que: “En los últimos años dicha actividad de interpretación constitucional ha sido desnaturalizada debido a factores eminentemente políticos, cuya causa originaria se puede encontrar en el sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional por parte del Congreso de la República. Por ende, la jurisprudencia constitucional dentro del ámbito del control concentrado no demuestra el cumplimiento de la función conferida al Tribunal por parte de la Constitución.” Desde aquí manifestamos nuestro desacuerdo con las razones manifestadas por Quiroga pues creemos que son cuestiones más de índole procesal que material, que no han sido analizadas a profundidad por el autor. (QUIROGA, A., “Los excesos del Tribunal Constitucional Peruano: A propósito del control concentrado de la Constitución” en *Estudios Constitucionales*, año 3, N°2, Talca, Universidad de Talca, 2005, p.48.)

la limitación de sus funciones⁸⁰². Hoy por hoy, a pesar de las varias propuestas legislativas para recortar las competencias del Tribunal, estas no han sido exitosas. Por el contrario, el Tribunal goza de una reputación forjada por su actividad durante los años de transición política y su papel como garante de la Constitución e impulsor de los derechos fundamentales⁸⁰³.

4.4.3 Reformas planteadas sobre la jurisdicción constitucional en el Perú: Propuestas para la reforma del rol del Tribunal Constitucional

El activo rol que tuvo el Tribunal Constitucional durante los primeros años del 2000 preocupó a algunos sectores de la clase política -y también algunos académicos-, interesados sobre todo en mantener el *status quo* de los años precedentes y en evitar el control sobre los actos políticos. Por otro lado,

⁸⁰² El 20 de enero del 2006, el congresista Ántero Flores-Aráoz presentó el proyecto de ley 14321/2005-CR2, en el que propuso recortar las facultades del Tribunal Constitucional en materia de interpretación constitucional y su función de supremo y definitivo intérprete de la norma suprema. La intención de Flores-Aráoz era limitar y recortar sustantivamente las facultades del TC, pues consideraba, entre otras cosas, que este invadía competencias legislativas del Congreso de la República. Esta es una versión resumida de RUIZ MOLLEDA, J., “En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas” en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*. Lima, Palestra Editores, 2006, pp. 477-516.

⁸⁰³ Este prestigio ha sido forjado a raíz de las sentencias de Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales a partir del año 2002 hasta el 2008, periodo que será analizado en esta investigación. En años posteriores, a partir de finales del 2008, el prestigio del Tribunal Constitucional ha ido en picada. Esto debido a ciertas decisiones del Tribunal en las cuales retrocede en la garantía de derechos fundamentales, lo que ha generado serias polémicas y varias críticas al rol de esta entidad en años recientes. Esta situación llegó a un punto álgido en la reciente elección de los nuevos magistrados llevada a cabo por el Congreso de la República en junio del 2013, el cual generó la indignación de la población peruana, por haberse comprobado mediante audios la repartición de cargos entre los partidos políticos que actualmente conforman el congreso y por haber designado magistrados con dudosa capacidad moral y escasa preparación académica para cumplir con la función de garantes de la constitución. Respecto a esta situación, puede verse las noticias del diario “El Comercio” y “La República”, los periódicos más serios y más leídos en Perú: <http://elcomercio.pe/actualidad/1608180/noticia-pleno-congreso-dejo-sin-efecto-eleccion-magistrados-tc>. También: <http://www.larepublica.pe/16-07-2013/audio-muestra-como-el-congreso-hace-repartija-en-eleccion-del-tc-bcr-y-defensor-del-pueblo>.

hubo otro sector político que aprobó la actividad del Tribunal y consideró modificar la legislación a fin de fortalecerlo y consolidar su rol garantista.

Es así como surgen las propuestas que pasaremos a analizar. En primer lugar, analizaremos aquellas que proponen fortalecer su rol garantista. Luego, analizaremos aquellas propuestas que buscan limitar sus funciones y reducir su protagonismo en la jurisdicción constitucional peruana.

4.4.3.1 *Propuestas con las que se busca extender las funciones actuales del Tribunal Constitucional*

La primera propuesta a analizar por ser, en realidad, la más trascendente el *Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución*⁸⁰⁴, presentado por la Comisión de Constitución en Julio de 2002 ante el pleno del Congreso. En este proyecto de reforma se reafirma- en el art. 205- que el Tribunal Constitucional es “un órgano autónomo e independiente de los poderes del Estado”⁸⁰⁵. Además, lo señala como “el titular fundamental de la justicia constitucional y supremo intérprete de la Constitución, tutelando los derechos fundamentales y controlando el ejercicio del poder”⁸⁰⁶. Con lo enunciado en el art. 205, se resuelve lo que actualmente constituye un debate abierto en los foros constitucionales, pues la actual legislación no deja claro- para algunos- la calidad de “supremo intérprete de la Constitución” del Tribunal Constitucional. Así, lo que plantea este proyecto zanjaría la discusión respecto a su calidad de supremo intérprete de la Constitución, pues lo consagra expresamente.

⁸⁰⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución del 2002, Se puede acceder al documento por el Portal del Congreso de la República en http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/aportes_congresistas/Javier-Diez-Canseco.pdf. Visto el 16 de Diciembre del 2013.

⁸⁰⁵ *Íbidem*, art. 205

⁸⁰⁶ *Ídem*.

Otro enunciado que también refuerza el rol del Tribunal Constitucional es aquel respecto a la Acción Popular. En este sentido, el art. 61 señala: “Hay Acción Popular ante el Tribunal Constitucional por infracción de la Constitución y de la Ley, contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen⁸⁰⁷.” Además el art. 209 establece como competencia del Tribunal Constitucional: “Tramitar y resolver en instancia única los procesos de inconstitucionalidad y los de acción popular⁸⁰⁸”.

Así, mediante ambos artículos, se produce una modificación vital en la jurisdicción constitucional peruana: el conocimiento de la acción popular ya no es más competencia del Poder Judicial, sino que pasa a ser competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, como lo es la Acción de Inconstitucionalidad.

Finalmente -en el mismo art. 209, inc. 2- se afirma que el Tribunal Constitucional será competente para: “Resolver, en último grado, las resoluciones denegatorias a pedido de parte y aquellas que conozca de oficio, a efectos de realizar una política de unidad jurisdiccional, en los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento⁸⁰⁹”. Actualmente, el Tribunal sólo conoce sobre casos que hayan obtenido resoluciones denegatorias en los procesos constitucionales mencionados. Esta reforma le otorga competencia además sobre aquellas que conozca de oficio.

Una segunda propuesta es el Proyecto aprobado por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS)

⁸⁰⁷ *Ídem, art.61*

⁸⁰⁸ *Ídem, art.209*

⁸⁰⁹ *Ídem.*

presentada como “*Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de justicia*”⁸¹⁰ en Abril del 2004.

En el apartado “Proyecto de Reforma Parcial de la Constitución”, se plantea que el Tribunal Constitucional es el órgano encargado del control de constitucionalidad y supremo intérprete de la Constitución. Además, se propone que sea competente para resolver- en último grado- los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento- que señala la ley- pudiendo escoger discrecionalmente los procesos que decida resolver. Esto se asemeja a la propuesta planteada en la reforma constitucional sobre el conocimiento de oficio de los casos por el Tribunal Constitucional. En todo caso, ambas propuestas le otorgan al Tribunal un margen de discrecionalidad para escoger aquellos casos que puedan ser trascendentes a sus fines.

Existen otras dos propuestas en este proyecto que amplían las facultades del Tribunal Constitucional respecto a ciertos procesos constitucionales: la primera es referente al proceso de Amparo, donde se afirma que el Tribunal podrá resolver en instancia única los procesos de amparo interpuestos contra resoluciones judiciales dictadas por la Corte Suprema de la República y contra resoluciones dictadas contra el Consejo Nacional de la Magistratura. La segunda es referente al proceso de Inconstitucionalidad, donde se propone la facultad del Tribunal de declarar la retroactividad de una norma declarada inconstitucional cuando afecta derechos fundamentales. En ambos casos, la propuesta es la de ampliar las facultades actuales del Tribunal Constitucional a otros supuestos no previstos por la legislación actual.

⁸¹⁰ CERIAJUS, *Plan nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, del 23 de abril del 2004.* Consultar en: http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan_Nacional_ceriajus.pdf

4.4.3.2 *Propuestas que buscan recortar las funciones actuales del Tribunal Constitucional*

El congresista Ántero Flores Aráoz- en ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa prevista en el art. 107⁸¹¹ de la Constitución Peruana- presentó para dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento, el *Proyecto de Ley N° 14321-2005-CR “Que propone garantizar los principios de la separación de poderes y de la seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad”*. Dicho proyecto incorpora un artículo al Código Procesal Constitucional; además modifica el art. 1 y añade un segundo párrafo al art.4 de la actualmente vigente Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

En principio, este proyecto fue propuesto con el objeto de resguardar los fueros del Poder Legislativo. Aunque- a decir de un importante sector académico- en realidad la intención fue recortar las actuales competencias del Tribunal Constitucional, limitándolas a lo estrictamente señalado en el texto de la Constitución de 1993.

La primera modificación que hace a la legislación vigente es la incorporación del art. 81-A al Código Procesal Constitucional. Mediante este artículo se incluye expresamente al Código la prohibición de legislar positivamente mediante sentencias en los procesos de inconstitucionalidad. Aquí se limita al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada actuando exclusivamente como legislador negativo.⁸¹²

⁸¹¹ El artículo 107 reza: “El presidente de la República y los congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de las leyes. También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los Colegios Profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a Ley”. (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Art. 107.)

⁸¹² Artículo 81-A°.- Prohibición de legislar positivamente mediante sentencias. En las sentencias sobre procesos de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional sólo declara que la norma cuestionada, de acuerdo con los incisos 4) del artículo 200° y 1) del artículo 202° de la Constitución, transgrede o no algún principio, precepto, derecho o prerrogativa previstos en dicho texto. En tales procesos, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de la norma cuestionada o la deja sin efecto por incompatibilidad con la Constitución. El Tribunal Constitucional sólo actúa como legislador negativo.

Respecto a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301), el Proyecto de Ley propone dos modificaciones. En la primera, adiciona un segundo párrafo al art. 4 de la Ley. En este artículo se propone al Tribunal Constitucional como proponente de iniciativas legislativas cuando detecte algún vacío normativo en procesos de inconstitucionalidad. El texto adicionado señala que constituye función del Tribunal Constitucional en las acciones de inconstitucionalidad que conoce, la de identificar los posibles vacíos normativos que ameriten la expedición de una nueva norma, debiendo proponer al Congreso las iniciativas legislativas que juzgue pertinente.⁸¹³

Una segunda modificación es aquella que recae sobre el art.1 de la ley, donde se propone modificar el artículo 1° original sobre la definición del Tribunal Constitucional. En su mayor parte, el artículo propuesto repite lo señalado en el original sólo que con una importante modificación: que el Tribunal Constitucional está limitado a ser el órgano de control de la Constitución, suprimiendo su carácter de órgano supremo de interpretación e integración de la Constitución, tal como se encuentra redactado en el artículo original⁸¹⁴.

Flores Araoz defiende este proyecto fundado en una seria crítica a la actividad del Tribunal Constitucional en las llamadas “sentencias interpretativas”. Sostiene que al emitir estas sentencias, el Tribunal se adjudica competencias que no le corresponden pues este tipo de sentencias

(Proyecto de Ley N°14321/2005-CR que adiciona el art. 81-A a la Ley N°28237 “Código Procesal Constitucional)

⁸¹³ Art. 4 .- Constituye función del Tribunal Constitucional en las acciones de inconstitucionalidad que conoce, identificar los posibles vacíos normativos que ameriten la expedición de una nueva norma, debiendo proponer al Congreso de la República, como consecuencia de ello, las iniciativas legislativas que juzgue pertinentes. El Congreso de la República dará trámite preferente a tales iniciativas. (Proyecto de Ley N°14321/2005-CR que adiciona un segundo párrafo al art. 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)

⁸¹⁴ Artículo 1.- Definición. El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República. (Proyecto de Ley N°14321/2005-CR que modifica al art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)

“no se encuentran previstas ni en la Constitución ni en las leyes peruanas”⁸¹⁵. El congresista denuncia además que el máximo Tribunal ha suplantado por la vía interpretativa la voluntad de legislador, poniendo en juego la reserva de ley y llegando a actuar como un legislador positivo. Defiende que la Constitución de 1993 no le ha atribuido de dichas competencias. Para sustentar esta posición, se remite al Debate Constituyente donde Ferrero Costa expresó:

“La primera confusión que es importante deslindar, es que la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales no le quita al Congreso su característica de legislador por naturaleza, el definidor, el que determina en instancia absoluta y final, las normas de convivencia social. El Tribunal, en realidad, es solo una medida de emergencia para resolver el problema que causa una mala ley o una ley equivocada(...) (Se) confirma lo que se llamó el carácter del legislador negativo que se le atribuye al Tribunal de Garantías Constitucionales, con la potestad de vetar una ley; y el legislador positivo, que es en realidad el Congreso de la República⁸¹⁶”.

Con base en estas fuentes, Flores Araoz concluye que la intención mayoritariamente aceptada en el Constituyente del 93' fue la de definir al Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, reservando la elaboración de las leyes exclusivamente al Poder Legislativo. A partir de este punto, rechaza que la Constitución reconozca al Tribunal Constitucional como “supremo intérprete de la Constitución”, pues defiende que la Constitución no menciona ello en ningún momento sino literalmente lo define como “órgano de control de la Constitución”.

⁸¹⁵ Proyecto de Ley N° 14321/2005- CR, que propone garantizar el Principio de Separación de Poderes y la Seguridad Jurídica en los procesos de inconstitucionalidad, Parte III. Análisis del Proyecto de Ley. Consultar el proyecto en: http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2005/constitucion/separacion_de_poderes.pdf

⁸¹⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Diario de los Debates. Debate Constitucional - Pleno 1993, Lima, Edición Oficial del Congreso de la República, Tomo III, 29°. K-1 Sesión Matinal del Congreso Constituyente Democrático, p. 1998, Intervención de Congresista Constituyente Carlos Ferrero Costa.

Evidentemente, ésta propuesta de recortar las funciones actuales del Tribunal Constitucional ha sido duramente criticada. Han sido importantes, en particular, dos objeciones. Una de ellas presentada por la Asesoría Legal del Tribunal Constitucional y la otra por la Defensoría del Pueblo. La primera objeción afirma que de aprobarse este proyecto implicaría, por un lado, no reconocer el carácter de norma jurídica a la Constitución y, de otro lado, desconocer al Tribunal Constitucional el ejercicio de funciones interpretativas, funciones que le son inherentes en su condición de órgano jurisdiccional y de control de la Constitución⁸¹⁷.

Así se expresa en el mencionado informe:

“Efectivamente, conforme a lo previsto en los art. 201 y 202 de la Carta Política, el Tribunal Constitucional ejerce funciones jurisdiccionales (...)En esa función su marco jurídico es la Constitución, y ésta en tanto norma jurídica suprema resulta interpretable”.⁸¹⁸

Además, respecto a las sentencias interpretativas se expresa:

“(...) Al impedirse las distintas modalidades que las sentencias interpretativas pueden adoptar, se vulneraría el art. 2° 2 de la Constitución en virtud del cual todos los poderes públicos, incluida la judicatura, están obligados a proyectar el principio de igualdad en todo el ordenamiento jurídico; el art. 139° 8 que proscribela posibilidad que los jueces y tribunales dejen de administrar justicia por vacío o deficiencia de Ley, el art.45 que exige al Tribunal Constitucional ejercer sus funciones con las responsabilidades que derivan de la Constitución; el art. 103 que reconoce la fuerza de ley de la sentencia constitucional; el principio de seguridad jurídica que transita implícitamente todo el ordenamiento constitucional y; en suma, el art. 201 que al reconocer al Tribunal Constitucional como órgano de control de

⁸¹⁷ INFORME LEGAL N° 003-2006-AL/TC, Opinión sobre proyecto de ley n°14321-2005-CR “Que propone garantizar los principios de la separación de poderes y de la seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad”, emitido el 20 de marzo del 2006.

⁸¹⁸ Ídem, párr.4

la Constitución, le obliga a proyectar su postulado normativo y valorativo a todo el ordenamiento jurídico.”⁸¹⁹

Finalmente, señala que con las modificaciones y adiciones que este proyecto pretende realizar y que implican recortes en las atribuciones del Tribunal Constitucional “se estaría afectando el equilibrio de poderes que debe imperar en el Estado social y democrático de Derecho, tal como lo exige el art.43 de la norma fundamental.”⁸²⁰

La segunda objeción señala que- de aprobarse este proyecto de Ley- no sólo se desconocería el carácter de supremo intérprete de la Constitución del Tribunal Constitucional- en lo referente a que sus criterios vinculan a los demás poderes públicos- sino además, se limitaría los efectos de sus sentencias. Ambas modificaciones debilitarían el rol que le compete a un Tribunal Constitucional e implican un retroceso con relación a la actual regulación de sus funciones. Al respecto, señala:

“En la actualidad, un Tribunal Constitucional no se limita a expulsar las leyes del ordenamiento jurídico, sino que puede optar por mantenerlas a fin de evitar un vacío normativo, precisando que a partir de su sentencia dichas leyes deberán interpretarse de acuerdo a lo dispuesto por el Tribunal. Asimismo, un Tribunal Constitucional puede efectuar recomendaciones al Congreso para que en un plazo determinado ajuste las normas impugnadas a lo dispuesto por la Constitución. El Proyecto N° 14321/2005-CR pretende impedir que el Tribunal siga dictando este tipo de sentencias que han contribuido a resolver importantes controversias e impedido la existencia de vacíos normativos”⁸²¹.

⁸¹⁹ *Ídem*, párr.5

⁸²⁰ *Ídem*, párr.6

⁸²¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Nota de Prensa 082/CII/DP/2006 “Defensoría del Pueblo expresa su preocupación por proyecto de ley que recortaría atribuciones al Tribunal Constitucional”, emitido el 26 de junio del 2006.

Desde aquí consideramos que el Proyecto de Ley en análisis propone modificaciones y adiciones que no sólo atentan contra los fines constitucionales del Tribunal Constitucional sino contra aquello se pretende proteger: la seguridad jurídica, la separación de poderes y los derechos fundamentales. En primer lugar, afecta la seguridad jurídica porque al desaparecer la función constitucional de supremo intérprete e integrador de la Constitución, se podría ocasionar un caos normativo en el sentido que una de las funciones claves del Tribunal en los últimos años ha sido precisamente la de integrar la norma y unificar criterios jurisprudenciales. En segundo lugar, peligran la separación de poderes pues se crea un “superpoder” al que no se le puede controlar la inacción legislativa, incluso en supuestos es los que se vulneran derechos constitucionales. Finalmente, peligran los derechos fundamentales, que se verían afectados por los recortes funcionales del único órgano que ha estado garantizándolos en los últimos años.

En el 2010, volvió a nacer la polémica tesis de limitar las funciones del Tribunal Constitucional. Esta vez a través del *Proyecto de Ley N° 03930/2009-CR: Competencia del Tribunal Constitucional*. Este documento propone sendas reformas legislativas con la finalidad de recortar las actuales funciones del Tribunal Constitucional además de establecer algunas cuestiones adicionales respecto a los requisitos para acceder al cargo de magistrado, deberes funcionales y a la dedicación exclusiva e incompatibilidades con dicho cargo.

Así, el art.1 de dicho Proyecto de Ley modifica la definición y las competencias del Tribunal contenidos en los art. 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En lo referente al art.1, la propuesta ya no define al Tribunal Constitucional como lo viene haciendo la LOTC, como “órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad”, sino que lo define como “el órgano de control e interpretación de la Constitución”, suprimiendo así su carácter integrador.

Respecto al art. 2 de la LOTC, el proyecto propone agregar un segundo párrafo a la redacción original. El párrafo agregado restringe la actividad del Tribunal Constitucional, en los procesos de constitucionalidad, exclusivamente a la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada. La intención del proponente fue devolver al Tribunal Constitucional a su rol de legislador negativo, sin facultades para poder emitir las llamadas “sentencias interpretativas”. Finalmente modifica el art. 13 de la LOTC, donde se estipula un listado de prohibiciones expresas a los magistrados del Tribunal Constitucional.

También el art. 3 del analizado Proyecto de Ley, modifica el art. VI del Título Preliminar así como los art. 79 y 81 del Código Procesal Constitucional. En el art. VI, respecto al control difuso e interpretación constitucional, la modificación propuesta modifica la redacción original, aunque no deja muy claro cuáles serán los efectos del cambio de redacción. El artículo modificado señala que “Los jueces interpretarán y aplicarán las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos de conformidad con los preceptos y principios establecidos en el texto constitucional y los criterios jurisprudenciales vinculantes que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”. Mientras la redacción original establece que lo harán “(...) según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”⁸²². Suponemos que la modificación va más que nada por las limitaciones textuales de la interpretación de las disposiciones constitucionales, aunque no tendría sentido si se mantiene su carácter de supremo intérprete de la Constitución.

Otra modificación importante del proyecto es aquella respecto del art. 81 del CPC sobre efectos de sentencias fundadas. Esta es la única disposición que el proyecto pretende modificar para extender las competencias del Tribunal. La modificación propuesta extiende normativamente la facultad al Tribunal

⁸²² Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

Constitucional de determinar el efecto de sus sentencias no sólo en materia tributaria -como lo señala el artículo original- sino además en materia penal. En esencia, lo que se propone en este proyecto es ajustar las disposiciones normativas sobre las funciones del Tribunal Constitucional estrictamente a la letra de la Constitución de 1993.

Afirma ABAD YUPANQUI que cada cierto tiempo se levantan voces que defienden la tesis de limitar legalmente las funciones del Tribunal Constitucional. Generalmente, esta idea resurge después de alguna polémica sentencia, cuando el Tribunal se pronuncia sobre temas que -en principio- no le competen o cuando ciertos sectores no comparten la decisión tomada. Esto sucedió -por ejemplo- en el caso “aranceles del cemento” cuando se le acusó de asumir competencias del Poder Ejecutivo (STC N° 03116-2009-PA), cuando anuló un laudo arbitral ingresando al fondo de la controversia (STC N° 05311-2007-PA), o en la sentencia sobre la administración de los bienes de la Universidad Católica en que introdujo factores religiosos al momento de resolver (STC N° 3347-2009-PA⁸²³).

Consideramos desde aquí, que es bastante positivo para la democracia tener una actitud crítica frente a las decisiones del Tribunal, pues no podemos pensar que es infalible. Por el contrario, creemos que es saludable para la democracia constitucional que exista un diálogo constructivo entre los poderes políticos y el Tribunal así como entre el Tribunal y la sociedad civil. Por eso, defendemos el derecho fundamental de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales así como la existencia de controles democráticos al ejercicio del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, rechazamos las pretensiones de limitar sus funciones constitucional y legalmente establecidas con la real intención de evitar el control a los poderes políticos y fácticos que realiza. En definitiva, ha sido a partir del control que ejerce que -en algunos casos- el Ejecutivo y el

⁸²³ ABAD YUPANQUI, S., *Constitución y Procesos Constitucionales*, Lima, Ed. Palestra, 2010, pp. 93

Legislativo han tomado conciencia de la importancia de seguir los mandatos constitucionales.

Finalmente, compartimos la opinión vertida también por ABAD YUPANQUI, en un texto posterior, cuando señala que: “(...) Lo importante es fortalecer la institucionalidad del Tribunal Constitucional y no debilitarla. Por ello, aquellos proyectos de ley destinados a limitar las funciones del Tribunal, como el presentado el 23 de marzo de 2010 (proyecto N° 03930/2009-CR), deberían archivarse. En el Perú hemos vivido el lamentable espectáculo de la destitución por el Congreso de tres magistrados del Tribunal y la aprobación de diversas normas que han pretendido limitar su funcionamiento. Sí sería conveniente que sus miembros apliquen mecanismos de autocontrol y eviten nuevos fallos polémicos. Este es un esfuerzo que pueden hacer para seguir consolidando una institución fundamental para la defensa de los derechos y principios constitucionales”⁸²⁴.

4.5 Las etapas del Tribunal Constitucional Peruano

El Tribunal Constitucional Peruano, como órgano de control concentrado de la constitucionalidad, no tiene mucho tiempo en el constitucionalismo peruano. Comparado a otros Tribunales Constitucionales en el mundo, es prácticamente joven. Por este motivo, es comprensible que aún hoy exista un debate abierto en torno a su función jurídica pero sobre todo política pues -aunque actualmente sus atribuciones están establecidas en la Constitución y las normas que posteriormente la han desarrollado- al Ejecutivo y sobre todo al Legislativo aún no le queda claro que un Tribunal tenga atribuciones para controlar el ejercicio del poder legítimo que le es conferido en las urnas.

⁸²⁴ ABAD, S., “La importancia de la justicia constitucional en América Latina” en AHRENS, H., *El Estado de Derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horts Schönbohm*, Uruguay, Konrad-Adenauer- Stiftung, 2012, p.82.

A pesar de este debate y de los argumentos que se han esgrimido desde el ámbito político para limitar el ejercicio de las atribuciones del Tribunal, éste ha hablado a través de sus sentencias y de la imagen pública que muestra en los medios de comunicación. Actualmente -junto a la figura del Defensor del Pueblo- es la institución que mayor aceptación pública tiene. Este prestigio lo ha ganado el Tribunal en su ejercicio de garante de los derechos fundamentales a partir del año 2002 hasta aproximadamente mediados del 2008. Después de esta fecha- como veremos a continuación- la reputación que había ganado el Tribunal Constitucional en los años anteriores, ha ido decreciendo progresivamente.

A continuación explicaremos detenidamente lo manifestado hasta aquí. La Carta Constitucional anterior, la de 1979, creó por primera vez un órgano de control constitucional concentrado, el Tribunal de Garantías Constitucionales. Este Tribunal, que tuvo una vida de 10 años (1982-1992), tuvo serias limitaciones formales y materiales las cuales le impidieron funcionar con total independencia y con el pleno uso de sus facultades constitucionales⁸²⁵. En efecto, esto tuvo consecuencias negativas a su ejercicio como defensor de la constitucionalidad. A raíz de su desaparición- producto del autogolpe fujimorista de 1992- y con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, se redefine la figura y se la denomina simplemente “Tribunal Constitucional”.

El Tribunal Constitucional inició sus funciones el 24 de junio de 1996. Sus primeros magistrados fueron Nugent López, Acosta Sánchez, Aguirre Roca Rey, Díaz Valverde, García Marcelo, Revoredo Mur y Roca Terry. Para este Colegiado resultaba difícil declarar la inconstitucionalidad de una Ley pues

⁸²⁵ LANDA ARROYO realiza un diagnóstico sobre los límites de la experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales donde señaló que entre las razones de la limitación de funciones del tribunal estaban: 1) las escasas competencias efectivas que ejercía 2) la dificultad formal de los ciudadanos para interponer una acción de inconstitucionalidad 3) la fuerte vinculación política de los magistrados a los poderes políticos que los designaron 4) la dificultad de lograr el quorum establecido para el pronunciamiento sobre una inconstitucionalidad o una casación 5) su opaco rol como fiscalizador de los actos de la autoridad en el ejercicio de la casación y 6) la aplicación del *in dubio pro stato*. (LANDA ARROYO, C., “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano.” En: *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, pp. 73-114.)

según la normativa vigente (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1995), se requerían seis de siete votos para efectuar la declaración y en el Colegiado había dos magistrados evidentemente vinculados al gobierno. En este contexto, se resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra la ley de “interpretación auténtica”⁸²⁶ con la cual el expresidente Fujimori buscaba una nueva reelección. Tres de los siete magistrados, -Revoredo, Aguirre Roca y Rey Terry- en abierta oposición a las intenciones reeleccionistas y frente a la abstención de sus cuatro compañeros, aplicaron el control difuso de la Constitución señalando que aquella ley era inconstitucional. En consecuencia a aquella decisión que enfrentaba las aspiraciones re-electorales del gobierno de turno, el 28 de mayo de 1997 fueron destituidos de sus cargos.

Con la renuncia del presidente Fujimori y durante el proceso de transición democrática presidido por Valentín Paniagua, el 17 de noviembre del 2000 los tres magistrados fueron restituidos en sus cargos. Posteriormente, el 30 de mayo del 2002- ya durante el gobierno de Alejandro Toledo- el gobierno designa cuatro nuevos magistrados: Alva Orlandini, García Toma, Bautista Bardelli y Gonzáles Ojeda. Estas nuevas designaciones completaron el número de magistrados requeridos para el quorum a la vez que permitió contar con un completamente renovado Tribunal Constitucional, muy distinto a aquel que existió durante los oscuros años de dictadura fujimorista.

Evidentemente, la designación de nuevos magistrados y el impulso de un nuevo Tribunal Constitucional estaban relacionados con el papel que tendría

⁸²⁶ Promulgada en 1996, la ley de “interpretación auténtica” (Ley N°26657) estaba destinada a interpretar de modo auténtico en art. 112 de la Constitución de 1993, lo que permitía la postulación de Alberto Fujimori a una tercera re-elección presidencial en el año 2000. Esta ley expresaba que “en el cómputo no se tiene en cuenta retroactivamente los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución”, con lo que se pretendió desconocer que efectivamente el presidente Fujimori gobernó por primera vez durante los años 1990-1995. En un artículo jurídico publicado en 1996, en auténtico rechazo de las pretensiones de esta ley, Bernales Ballesteros expresó: “El país ha sido testigo, por ello, de un debate chato y artificioso, mediante el cual se ha impuesto la intención de perpetuar en el poder al presidente Fujimori. La sola posibilidad de que pueda gobernar el país por 15 años consecutivos afecta directamente a la voluntad popular, que por referéndum acordó que la reelección inmediata fuese por una vez y no por dos, siendo ése el criterio con el que el pueblo concurrió a las elecciones de 1995. No es pues aceptable que se pase como dos lo que son tres elecciones consecutivas”. (BERNALES BALLESTEROS, E., “El art. 112 de la Constitución y la Ley n° 26657”, en *Pensamiento Constitucional*, año III, N°3, Lima, PUCP, 1996, pp. 105)

que cumplir el Tribunal en el proceso de transición democrática. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir del año 2002 ha servido para reorientar a la Constitución de 1993 hacia la vía democrática, reinterpretando las disposiciones constitucionales a la luz de los principios democráticos inspiradores del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Ante el deceso de los magistrados Aguirre Roca y Rey Terry y el vencimiento del plazo de Revoredo Mur, el 20 de diciembre del 2004, el Congreso de la República nombró como nuevos magistrados a Cesar Landa Arroyo y Juan Vergara. Fue hasta el 13 de julio del 2006 que se designó al tercer magistrado faltante, Carlos Mesía. En junio del 2007 se venció el plazo de los cuatros magistrados designados en mayo del 2002, los cuales fueron reemplazados por Beaumont Callirgos, Álvarez Miranda, Calle Hayen y Eto Cruz, nombrados el 8 de setiembre del 2007. El 10 de julio del 2010- casi al año del vencimiento del plazo de Vergara Gotelli y Landa Arroyo- es nombrado el magistrado Urviola Hani, quedando pendiente la elección de un magistrado más.

Al 30 de abril de 2013, había vencido el plazo de seis miembros del Tribunal Constitucional sin haber logrado que el Congreso de la República lograra un consenso y designará a los nuevos magistrados. Esta demora provocó que el 31 de abril del 2013, en protesta, el magistrado Beaumont renunciase al cargo lo cual -en un primer momento- fue rechazado por el presidente del Tribunal, Oscar Urviola, para luego vacarlo. Posteriormente, el último intento del Congreso por designar a los magistrados faltantes, el 17 de julio del 2013, terminó con el rechazo popular de los magistrados designados, obligando al Congreso a revocar las designaciones ante la evidente “repartija” de los cargos por parte de los partidos políticos y la incompetencia moral y profesional de los magistrados designados. Finalmente, en mayo del 2014 fueron elegidos los seis nuevos magistrados faltantes del Tribunal Constitucional, quienes juraron el cargo el 3 de junio del 2014. Al día de hoy,

junto con Urviola Hani, forman parte de este colegiado Ernesto Blume Fortini, Eloy Espinosa-Saldaña, Marianella Ledesma Narváez, Manuel Miranda Canales, Carlos Ramos Núñez y José Luis Sardón.

Una de las cuestiones que cabe apuntar respecto a la conformación del Tribunal Constitucional es la renovación parcial de sus miembros, producto de la incisión del Tribunal Constitucional durante el gobierno de Alberto Fujimori, debido a la destitución de tres magistrados en el año 1997 y posteriormente restituidos en el año 2000⁸²⁷. Los otros cuatro magistrados-también elegidos en 1996 pero que se mantuvieron en sus puestos durante el segundo periodo fujimorista- dejaron sus cargos en 2002, un año después del término de su período. Además en el 2004 no se pudo elegir el reemplazo de los tres magistrados que habían cumplido su período en aquel año, y sólo se eligió a los magistrados Vergara y Landa, eligiendo hasta el año siguiente a un tercer magistrado (Mesía)⁸²⁸.

Lo antes descrito demuestra que en Perú existe una renovación parcial de los magistrados del Tribunal Constitucional. Esto implica que los siete magistrados que conforman este colegiado no se eligen en bloque cada cinco años, sino que la elección se hace de forma parcializada. Evidentemente esta forma de elección implica dificultades para su realización práctica además de confusión, especialmente si se considera que la elección de los candidatos a ocupar tales cargos es una cuestión política, donde las diferentes bancadas del Congreso desean incluir en el Tribunal a algún candidato afín a sus tendencias. Esto nos deriva a una segunda cuestión a tomar en cuenta para entender la conformación del Tribunal Constitucional

⁸²⁷ La restitución de los magistrados fue producto de la conocida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Tribunal Constitucional vs. Perú” (sentencia del 31 de enero del 2001). Esta sentencia, junto con la sentencia del caso Baruch Ivcher entre otras sentencias que inculpaban al régimen fujimorista, provocó el intento de “renuncia” del Estado peruano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Cuando Perú retornó a la vía democrática, después de la renuncia de Fujimori en el año 2000, el gobierno de transición de Valentín Paniagua, con una clara intención de volver a vincular al Perú con el sistema interamericano de derechos humanos, acató la sentencia de la Corte la cual, entre otras cosas, ordenada la restitución en sus cargos de los magistrados destituidos en 1997.

⁸²⁸ ABAD YUPANQUI, S., *Constitución...*, *op.cit.*, pp.81.

Peruano: la demora en los nombramientos de los magistrados por la falta de consenso entre las diferentes bancadas del Congreso. La Constitución Política de 1993 exige que para la designación de los magistrados se requiera del voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros (80 congresistas). Naturalmente, estos consensos requieren de negociaciones políticas entre bancadas que, como la experiencia demuestra, no son fáciles de lograr. Esto genera que pasen meses -e incluso años, como la situación actual del Tribunal Constitucional- sin nombrar magistrados, extendiendo el mandato de magistrados cuyo plazo legal ya ha vencido.

En base a la conformación del Tribunal Constitucional desde el inicio de su vida institucional y a los momentos políticos que le ha tocado vivir, ABAD YUPANQUI⁸²⁹ distingue por lo menos cinco etapas en el funcionamiento del Tribunal Constitucional: a) la etapa fundacional, la cual inicia en junio de 1996, fecha en que el Tribunal se instaló, hasta mayo de 1997, con la destitución de tres de sus magistrados b) una segunda etapa que acaba en noviembre del 2000 durante la cual el Tribunal funcionó con tan solo cuatro magistrados y, por lo tanto, no podía resolver cuestiones de inconstitucionalidad c) la tercera etapa inicia en noviembre del 2000 con la restitución de los tres magistrados destituidos, cuando ya había sido vacado del cargo el presidente Fujimori d) la cuarta etapa, que empieza en mayo del año 2002 cuando cesan en sus funciones los magistrados de la era fujimorista y se nombran cuatro nuevos magistrados del Tribunal y e) una quinta etapa que se inicia el 9 de julio del 2008, evidenciada con la renuncia a la presidencia del Tribunal Constitucional del magistrado Cesar Landa Arroyo.

Haciendo un balance general de estas etapas del Tribunal Constitucional, a la fecha (mayo del 2014) podemos concluir lo siguiente: 1) Tanto en la etapa fundacional como en la segunda etapa, el Tribunal Constitucional funcionó

⁸²⁹ ABAD YUPANQUI, S., “La Constitución de 1993. Estudio Introductorio” en *Constitución y Procesos Constitucionales*, Lima, Ed. Palestra, 4° ed., 2010, Pp. 82.

severamente limitado en sus funciones, debido a que era imposible que fungiera de garante de una Constitución que estaba siendo utilizada para legitimar un gobierno de facto 2) La tercera etapa se da durante el gobierno de transición de Valentín Paniagua, donde se estaba recuperando las instituciones democráticas afectadas por la dictadura. A pesar de la restitución de sus tres magistrados, el Tribunal aún estaba compuesto por cuatro magistrados de la era fujimorista. 3) La cuarta etapa resulta ser un verdadero “renacer” de la justicia constitucional en el país. Con la designación de los cuatro nuevos magistrados, se renueva por completo el cuerpo magisterial del Tribunal Constitucional además que se producen importantes cambios legislativos para fortalecerlo institucionalmente. En esta etapa, la actuación del Tribunal ha sido muy prolija y creativa, generando la jurisprudencia constitucional más importante de su historia. 4) En la quinta etapa se ha dado un frenazo a las tendencias activista de la etapa anterior. Se presentan cambios drásticos de jurisprudencia y precedentes. El magistrado Vergara, cuando fue presidente del Tribunal, incluso ha llegado a reconocer algunos excesos. Sin embargo, es en esta etapa donde se han presentado los fallos más polémicos, se han dado retrocesos en la protección de algunos derechos fundamentales y se han evidenciado ciertas disputas internas.

Partiendo de estas consideraciones y de una revisión de la jurisprudencia en materia de derechos sociales del Tribunal Constitucional Peruano en cada una de estas etapas, consideramos que la jurisprudencia más importante y sustanciosa en la materia de ha dado en la cuarta etapa. Es por ello que para fines de esta investigación, se analizará la jurisprudencia en materia de derechos sociales del Tribunal Constitucional Peruano a partir del 30 de mayo del 2002 hasta el 9 de julio del 2008.

4.6 La actividad del Tribunal Constitucional en el periodo 2002-2008: Contextualización de la jurisprudencia emitida en materia de derechos sociales

Como lo hemos señalado ya, esta investigación se sitúa en un periodo específico de la “vida” institucional del Tribunal Constitucional Peruano. Se ha seleccionado este periodo por ser considerado por la doctrina constitucional peruana como el periodo más productivo, donde se dictaron las sentencias más innovadoras y en el cual se dio un importante impulso estatal hacia el restablecimiento del orden constitucional.

Al respecto, señala el ex magistrado y Presidente del Tribunal Constitucional, César LANDA, que esta se trata “de una etapa de consolidación de la transición democrática, no solo a nivel político sino también a nivel institucional; es decir, con las reformas del propio Tribunal Constitucional (...)En ese marco y dada la composición de los integrantes del Tribunal, en principio se pudo tener unanimidad de criterio -salvo los votos singulares que emitía el Magistrado Vergara- en base a un constitucionalismo moderno y democrático, en la tutela sustantiva y procesal de los derechos fundamentales.”⁸³⁰

De este periodo ha destacado el ex magistrado que- en gran medida- el garantismo progresista de los derechos fundamentales se debió al fortalecimiento del Tribunal Constitucional como institución verdaderamente garante de la Constitución y a la solvencia ética y académica de sus magistrados. En este sentido afirma: “Precisamente, el pensamiento y la actitud madura de los magistrados del Tribunal Constitucional, es lo que garantizó el ejercicio regular y unitario de la institución que fue creciendo y fortaleciéndose en virtud a sus valores y a su unidad. Unidad no en sentido

⁸³⁰ GRANDEZ, P., *Entrevista a César Landa Arroyo: Juez Constitucional y compromisos éticos*. La relevancia de los valores en la actuación de la magistratura constitucional, Lima, ed. Palestra, p.8, en (<http://www.palestraeditores.com/distribuidor/boletin/ENTRELANDA.pdf>), revisado el: 03-04-2014

del número, sino en sentido del principio de integración de sentencias fundamentales donde se respetaba los votos singulares, votos discrepantes o fundamento de votos⁸³¹.”

Otra cuestión relevante de este periodo- a decir del exmagistrado- fue la responsabilidad política de los miembros del Tribunal, el cual no se repetiría más en las etapas posteriores. Señala Landa al respecto: “Otra característica fundamental de esa época, que me tocó participar fue que los magistrados del Tribunal tenían mayoritariamente un sentimiento de responsabilidad pública y no de intereses particulares (de buscar un provecho del cargo público), sino de servicio a la ciudadanía. Ya sea porque la mayoría habían tenido una experiencia política o pública de Estado (en cargos políticos o de funcionarios públicos u claras convicciones jurídico-sociales), o de una vocación de docencia y de servicio como regla⁸³²”.

Como señala el propio magistrado- posición que compartimos en esta investigación- la composición del Tribunal Constitucional en la etapa posterior -la que se originó a partir de julio del 2008-, no compartió los rasgos garantistas de la etapa aquí descrita. La designación de nuevos magistrados y la polémica generada en torno a sus decisiones en temas centrales como lucha contra la corrupción (*Caso Wolfenson*), lucha a favor de los derechos humanos (*Caso El Frontón*) y narcotráfico (*Caso Abanto*), generó una crisis de confianza ciudadana por estar acéfala la protección de los valores constitucionales de la transición democrática; por lo que se señaló que se había cerrado una etapa en el TC y se había iniciado una nueva⁸³³.

Sobre esto, señala Landa: “Simón Bolívar afirmaba cuando se formaba la República, que toda institución depende más de los hombres que de las normas. Entonces, quiero decir con esto, que el Tribunal formalmente siguió siendo el mismo que inicialmente se concibió, pero la composición de éste

⁸³¹ *Ídem*.

⁸³² *Ídem*, p. 9.

⁸³³ *Ídem*, p.11.

fue variando a partir del ingreso de nuevos cuatro magistrados –Eto, Alvarez, Calle, y Beaumont- y el “despertar” de dos magistrados –Mesía y Vergara- que dieron lugar a un cambio del perfil del Tribunal, un cambio en la actitud que tenía el Tribunal frente al Estado y a la sociedad, afirmándose incluso de la vinculación directa o indirecta de la mayoría con el gobierno”.

Es por esta razón que en esta investigación centramos el análisis de los procesos de justiciabilidad desarrollados por el Tribunal Constitucional para la garantía de los derechos sociales en este preciso periodo de la vida institucional del Tribunal Constitucional Peruano. Consideramos que no existe otra etapa en la que las condiciones hayan sido más precisas que en ésta.

De un análisis previo de las sentencias emitidas por el Tribunal entre los años 2002-2008, nos pudimos percatar de la alta rigurosidad académica, de la tendencia progresiva hacia una mayor garantía de los derechos fundamentales y de la vanguardia de su proceso argumentativo. Con esto no queremos decir que estemos de acuerdo con todas las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional en este periodo. Existen algunas sentencias discutibles desde el punto de vista científico-académico. Sin embargo, consideramos que su tendencia progresiva y garantista de los derechos fundamentales resulta un campo fértil para el análisis de los procesos de justiciabilidad en la materia que nos aboca, la de los derechos sociales. Es decir, si queremos encontrar en el constitucionalismo peruano indicios de justiciabilidad de los derechos sociales, debemos centrarnos en el análisis de este periodo, por las condiciones descritas.

4.7 Tipología de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano en materia de derechos sociales constitucionales: Análisis desde una perspectiva constitucional comparada

Desde hace algunos años, el Derecho Constitucional comparado se ha dado la tarea de analizar las sentencias dictadas por los Tribunales con facultades constitucionales en materia de derechos sociales, las cuales a pesar de no ser muchas, han permitido desmitificar la posición de que los derechos sociales no son derechos exigibles judicialmente.

A partir de estos estudios, ETO CRUZ ha desarrollado una tipología de sentencias del Tribunal Constitucional peruano en materia de derechos sociales, la cual atiende no sólo a la forma de determinación de aquello que decide u ordena el fallo sino que además toma en cuenta la metodología empleada para el cumplimiento de la decisión emitida⁸³⁴. Esta tipología está dividida en dos grandes grupos: 1) aquellas sentencias dictadas sobre casos de protección individual de derechos sociales y 2) aquellas sentencias emitidas sobre casos de protección individual con dimensiones colectivas.

Señala el autor que esta división se ha dado en mérito a que- por diversas razones- en los casos de protección individual de derechos sociales no se producen los complejos y delicados problemas que cuando la justicia se enfrenta a casos de dimensión colectiva donde está involucrada el control de las políticas públicas. Además, en el caso de la protección individual con dimensiones colectivas se resume básicamente la forma como los tribunales se han enfrentado a los problemas del costo económico de la

⁸³⁴ ETO CRUZ, G., “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales” en *Pensamiento Constitucional*, Año XV, n° 15, pp.107- 126

implementación de las sentencias así como al problema de la invasión de competencias de los otros poderes del Estado⁸³⁵.

Partiendo de esta tipología básica, aquí se desarrollará una tipología teniendo en cuenta el tipo de proceso del cual ha surgido la sentencia. En este caso tenemos 1) sentencias dictadas en torno a procesos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales y 2) sentencias dictadas en procesos de defensa de la constitucionalidad de las leyes. Esta división se hace en virtud a que el Tribunal Constitucional también ejerce la defensa jurisdiccional de los derechos sociales como derecho objetivo y norma jurídico-constitucional ante una ley que pretenda desconocer su contenido. En este sentido, consideramos que la protección jurisdiccional de los derechos sociales puede darse en el caso concreto pero también se da cuando se exige su protección ante el Tribunal Constitucional dentro del proceso de inconstitucionalidad.

4.7.1 Sentencias dictadas en procesos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales

4.7.1.1 Sentencias restitutorias en caso de protección individual

La justicia constitucional en casos de protección individual es ciertamente las que menos dificultades presentan desde una perspectiva democrática, se trate de un sistema concentrado o difuso de justicia constitucional. En este tipo de sentencias, por tener efectos *inter partes*, la posibilidad de entrar en conflictos con otros poderes públicos es de baja o menor intensidad.

⁸³⁵ *Ídem.*

A decir de ETO CRUZ, se trata de sentencias cuya materia de controversia se da en torno a un derecho subjetivo de naturaleza social, donde se observa claramente la obligación debida así como la concretización de las partes de la relación jurídica. En su parte resolutive, la sentencia declara que el derecho social ha sido vulnerado además de ordenar a la parte demandada la restitución a la persona en el goce efectivo del derecho. Este autor destaca que, en la mayoría de los casos, estos se producen en el nivel de protección legal de los derechos sociales, cuando existe una ley que implementa el derecho social en cuestión donde ha sido definido claramente los requisitos para el disfrute de los derechos sociales⁸³⁶.

Este tipo de sentencias es la que se ha desarrollado generalmente para la garantía jurisdiccional que ha brindado el Tribunal Constitucional a los derechos sociales, como es el caso del derecho al acceso a la pensión. En otros casos, también ha dictado sentencias donde la protección exigida no se encuentre establecida expresamente en la ley o, en los casos de estar establecida, aún no se ha brindado la protección. Ahí, el Tribunal determina dicha protección directamente de la Constitución, en función a la urgencia del caso y a la interrelación de la protección del derecho social y la dignidad de la persona. Este es el caso de la STC 2945-2003-AA/TC y STC 2016-2004-AA/TC, sentencias en las cuales el Tribunal Constitucional Peruano analizó el derecho a la salud y ordenó la entrega de los antirretrovirales a la parte demandada.

A juicio de ETO⁸³⁷, el problema en los casos de protección individual de derechos sociales- cuya protección se deriva directamente de la Constitución y sin ninguna implementación legal- se da por el efecto cadena que estos fallos pueden tener y que puede llevar a otras personas a exigir la misma prestación, lo cual puede tener un efecto contraproducente en la sostenibilidad del sistema prestacional del que se trate. Además sostiene que

⁸³⁶ Ídem, p. 117

⁸³⁷ Ídem, p. 117

estas sentencias pueden ocasionar situaciones injustas en la prestación de los servicios, favoreciendo a aquellos que obtuvieron una sentencia judicial favorable sobre otros que no la obtuvieron pero que también requieren de atención prioritaria. Tal es el caso de la STC 3081-2007-PA/TC la cual ordena la atención permanente a dos pacientes con problemas de salud mental, cuando los médicos habían decretado regímenes de Hospital de Día por ser lo más accesible económicamente para el establecimiento sanitario.

De esta experiencia-señala ETO- empieza a vislumbrarse el impacto social de las sentencias individuales en torno a los derechos sociales fundamentales. Evidentemente, el Tribunal Constitucional observa que el ejercicio de su especial jurisdicción le exige, además del control constitucional del contenido de los derechos, fiscalizar el ejercicio de la función pública en cuanto al correcto manejo de las políticas públicas además del control de los excesos de poder, “con el fin de superar el problema del “impacto social” de la sentencia del caso individual para pasar al análisis estructural del problema”⁸³⁸.

4.7.1.2 Sentencias en casos individuales de impacto colectivo en las cuales se procede a ejercer control incidental sobre políticas públicas

En la experiencia constitucional comparada existen casos en los cuales se han creado mecanismos jurisdiccionales para la defensa colectiva de derechos fundamentales. Estos mecanismos han permitido a los Tribunales la defensa y garantía de derechos sociales fundamentales sobre cuestiones concretas que han tenido impacto en un determinado colectivo. Este es el caso del “amparo colectivo” reconocido en el art.73 de la Constitución Argentina. El amparo colectivo supone que la defensa de la legalidad y de los

⁸³⁸ Ídem, p.118

derechos se expande hacia el colectivo, interpretado éste como conjunto de personas afectadas que pueden o no ser individualizadas⁸³⁹. En el caso argentino, éste ha constituido un mecanismo eficaz por medio del cual la jurisdicción constitucional argentina ha podido tutelar derechos sociales fundamentales. A través de este mecanismo, los tribunales han decidido en casos particulares sobre políticas públicas de impacto colectivo⁸⁴⁰.

Sin embargo, en los casos de los Estados en los cuales no existen mecanismo jurisdiccionales específicos que permitan a los tribunales proteger derechos sociales con impacto colectivo, éstos han dado respuestas creativas a la falta de mecanismos. Estas respuestas están relacionadas con el momento jurisdiccional. Un ejemplo de ello es la declaración del “estado de cosas inconstitucional” que aunque así fue acuñada por la Corte Constitucional colombiana mediante la sentencia de unificación n° 559/1997 y posteriormente perfeccionada en la macrosentencia T-025/2004⁸⁴¹, ya existía en Estados Unidos conocida como la figura de los *estructural remedies*⁸⁴². Consiste en el fuerte control de las políticas públicas por parte

⁸³⁹ Son intereses comunes a una categoría de ciudadanos que se encuentran en una situación socio-económica similar y, precisamente, el hecho de que todos estén indiferentemente afectados por esa amenaza, excluye por sí mismo el problema y el sentido de la individualización.

⁸⁴⁰ En el Perú, hasta la fecha, no se contempla una regulación específica para la protección de derechos fundamentales de interés colectivo. Se reconoce la “acción colectiva” para las asociaciones civiles, los sindicatos y las asociaciones de consumidores. También se reconoce la acción popular, como proceso constitucional de defensa contra reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general. Fuera de estos supuestos, no se reconoce la legitimidad procesal para la defensa de intereses colectivos. Al respecto, el mismo Tribunal Constitucional ha expresado que dicha defensa corresponde únicamente a quién se encuentre directamente vulnerado en sus derechos constitucionales.

⁸⁴¹ Según la Corte Constitucional colombiana, ésta puede declararse cuando se presenten alguno de los siguientes elementos: a) vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas b) la prolongada omisión de las autoridades de sus obligaciones para garantizar los derechos c) la adopción de prácticas inconstitucionales d) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos e) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias autoridades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal y adicional importante f) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (T-025/2004 de la Corte Constitucional de Colombia)

⁸⁴² Por medio de los *structural remedies*, la Suprema Corte de los Estados Unidos enfrentó la situación estructural de discriminación racial en las escuelas públicas americanas en el conocido caso Brown de 1954, rediseñando el proceso a través de nuevas características: a) la acción procesal parte de la existencia de una violación sistemática de los derechos fundamentales de un grupo de personas y por

de la justicia constitucional, con el objeto de remediar situaciones estructurales y sistemáticas de violación de derechos sociales⁸⁴³.

A pesar del notable activismo judicial llevado a cabo a fin de acabar con graves situaciones de vulneración y desconocimiento de los derechos sociales por parte de los poderes públicos, esta técnica se ha enfrentado a duras críticas, sobre todo aquellas provenientes de los sectores políticos conservadores. Por un lado, se enfrenta al argumento de la falta de legitimidad democrática de los tribunales para decidir sobre asuntos de política social, de competencia exclusiva de los órganos políticos⁸⁴⁴. Por otro lado, se encuentra el argumento de la falta de efectividad de las sentencias pues los tribunales no pueden disponer de los recursos económicos ni de las acciones de las entidades ejecutoras de las políticas sociales, por lo que las sentencias no podrían ser ejecutadas y se afectaría la autoridad de la justicia constitucional⁸⁴⁵.

Sobre las posibilidades que ofrece la justicia constitucional para la garantía de los derechos sociales, Cecile FABRE afirma que la intervención judicial en materia de derechos sociales puede ir desde: 1) la mera declaración judicial de un derecho social 2) sentencias declarativas que le solicitan al Estado la adopción de medidas a) sin especificar cómo y sin fijar un plazo determinado b) sin especificar cómo, pero obligando a actuar dentro de un plazo determinado y 3) la declaración de la violación de un derecho social,

ende, la orden judicial apunta a modificar un statu quo injusto b) el proceso judicial involucra un conjunto importante de autoridades públicas d) la sentencia no tiene solo efectos interpartes e) la Corte Suprema conserva su competencia para vigilar el cumplimiento del fallo f) el juez constitucional no es pasivo ante la situación y g) la finalidad del fallo judicial es garantizar la vigencia de los principios constitucionales. (ROSENBERG, G., *The Hollow Hope. Can Courts bring about social change?*, Chicago, The University of Chicago Press, 1991.

⁸⁴³ ETO CRUZ, op.cit., p.120

⁸⁴⁴ Sobre este argumento se puede profundizar en los estudios de: MUREINIK, E., "Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution" en *South African Journal of Human Rights*, vol.8, 1992, p.465. También en ROUX, T. "Legitimizing Transformation: Political Resources Allocations in the South African Constitutional Court" en GLOPPEN, S. y GARGARELLA, R., *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in new democracies*, Frank Cass, Londres, 2004, p.3

⁸⁴⁵ *Ídem*, p.120. Al respecto, lease a Christiansen, E., "Adjudicating non-justiciables rights: socio-economics rights and the South African Constitutional Court" en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 38, num.2, 2007, p. 321.

identificando las medidas específicas que deber ser adoptadas y en qué plazos.⁸⁴⁶

Al respecto, señala ESPEJO YASIC que a mayor revisión judicial -es decir, mientras más cerca estemos del punto 3-, mayor será la crítica en contra de ésta y mayor la posibilidad de caer en los peligros antes descritos. Por el contrario, mientras la revisión judicial sea débil, menor será la crítica y más cerca estaremos de la “zona segura” de la función judicial para la tutela de los derechos sociales⁸⁴⁷. Por lo tanto, se debe buscar el medio justo, donde no se aniquile el activismo judicial para garantizar derechos sociales pero tampoco se caiga en el activismo judicial excesivo que en lugar de garantizar derechos, deslegitime la justicia constitucional y por ende, ponga en peligro el sistema democrático.

Ante las fuertes críticas de los sectores conservadores, la justicia constitucional ha reaccionado de tres formas distintas, tratando de aminorar los efectos colaterales negativos de sus sentencias, de modo que estas no resulten invasivas ni carezcan de fuerza para ser ejecutadas. A continuación, pasaremos a analizar cada una de ellas.

4.7.1.2.1 Sentencias declarativas

ETO empieza describiendo este mecanismo a partir del caso emblemático en la jurisprudencia constitucional comparada de *Government of the Republic of South Africa vs. Grootboom* resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica en el 2000⁸⁴⁸. En este caso, el autor señala que la Corte Constitucional no

⁸⁴⁶ FABRE, C., *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 148.

⁸⁴⁷ ESPEJO YASIC, N., “Derechos sociales, Republicanismo y Estado de Derecho: Un modelo de justiciabilidad”, en ARCIDIÁCONO, P. y ESPEJO, N., *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, p. 156.

⁸⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, Caso CCT 11/00 del 4 de octubre del 2000.

solo asiente en la permanencia de un grupo de personas sin techo en el lugar que habitaban hasta que el Estado les brindara refugio seguro y adecuado sino que, además ingresa a controlar la política de provisión de vivienda llevada a cabo por el Estado sudafricano⁸⁴⁹. Así, luego de aplicar un test de razonabilidad⁸⁵⁰ a dicha política, declara la inconstitucionalidad de la misma a partir que ésta no ofrecía algún plan de provisión de vivienda a los más pobres quienes eran justamente los que habían sufrido el régimen de discriminación del *apartheid*. Sin embargo, afirma el autor, la declaración efectuada por la Corte no contenía ninguna orden específica, más que la declaración de la obligación general del Estado de incluir dentro de la política de vivienda un plan especial para atender a las poblaciones más necesitadas de vivienda⁸⁵¹.

Esto tiene sentido en el contexto de una Corte que intenta sortear de la mejor manera tanto los problemas técnicos como de legitimación que se producirían si el tribunal asumiera la posición de determinar las medidas específicas que la autoridad debe adoptar para respetar, proteger y cumplir adecuadamente el contenido normativo de los derechos sociales. El “test de razonabilidad”- aplicado por la Corte Constitucional sudafricana- tiene el mérito de otorgar un margen de apreciación para que la autoridad decida qué medidas puntuales adopta con miras a la satisfacción del derecho, reservando para la Corte una capacidad limitada al juicio de razonabilidad en relación con los fines, propósitos y obligaciones que establece la Constitución. Sin embargo, en esta virtud encuentra su mayor debilidad: ha

⁸⁴⁹ ETO CRUZ, G., *op.cit.*, p.120.

⁸⁵⁰ Este test de razonabilidad ha sido utilizado por la Corte Constitucional Sudafricana en varios casos paradigmáticos como el caso *Grootboom*, el caso *Port Elizabeth Municipality* y el caso *Kyalami Ridge environmental association*. Este es útil para intentar maximizar dos valores importantes: los compromisos normativos de un Estado social y democrático de Derecho y la necesaria deferencia al poder político en el contexto de una república democrática. Este surge de la necesidad de dotar de significado a la expresión “avanzar razonablemente” hacia el pleno goce de los derechos sociales reconocidos por el texto constitucional. Fue diseñado para permitir un grado de control judicial respecto de las decisiones que toman otros poderes del Estado, sin desconocer con ello que el órgano que decide cuenta con un cierto “margen de apreciación” para llegar a tomar su resolución. Así, faculta al tribunal a sustituir la decisión original sólo cuando la primera cae fuera del margen de apreciación con el que cuenta ese órgano.

⁸⁵¹ ETO CRUZ, G., *op.cit.*, p.120

sido criticada por no haber establecido ningún sistema de vigilancia y control de la obligación fijada en la sentencia, con lo cual, según un sector doctrinal, se hizo inoperativa en la práctica.

En el caso peruano, la sentencia declarativa sobre casos individuales de impacto colectivo en las cuales se ejerce un control incidental de políticas públicas se ha manifestado a través de la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional”. Esta técnica la utilizó por primera vez el TC, en torno a un caso de Hábeas Corpus en la STC 2579-2003-HD/TC. Posteriormente, desarrollo los criterios a analizar para aplicar la figura en torno a un caso de desconocimiento sistemático de sentencias dictadas en torno al derecho a la seguridad social de docentes en la STC 3149-2004- AC/TC. Esta técnica ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional en los casos en los que ha observado una grave desorganización político-institucional por parte de los poderes del Estado en torno al desarrollo de garantías institucionales para la eficacia de los derechos sociales.

Por ejemplo, en el caso *ONP* (STC 05561-2007-PA/TC), el Tribunal decretó como un “estado de cosas inconstitucional” la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes del TC de la ONP (Oficina Nacional de Pensiones) en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra. En el caso “*Salud mental*” (STC 03426-2008-PHC/TC), el Tribunal Constitucional declaró también un “Estado de cosas inconstitucional” la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental.

4.7.1.2.2 Sentencias de condena con órdenes específicas

En su estudio, ETO señala que en la jurisprudencia constitucional comparada existen además sentencias en las cuales los tribunales han fijado de forma detallada las acciones que deben ejecutar las autoridades públicas para remediar el déficit constitucional presentado⁸⁵². Este es el caso de la sentencia sobre la reforma del sistema carcelario⁸⁵³ y la sentencia sobre el caso de financiamiento de los créditos para la vivienda en Colombia⁸⁵⁴. En estos casos, la Corte Constitucional Colombiana aplicó la figura del “estado de cosas inconstitucional” además de dictar órdenes complejas para superar el problema⁸⁵⁵. También en Estados Unidos se han dictado sentencias donde se ordena la reforma estructural del sistema carcelario, educativo y de vivienda, con órdenes muy detalladas⁸⁵⁶. Detallaremos, a modo de ejemplo, uno de los casos más importante que ejemplifica esta forma de intervención.

Se trata de la sentencia del caso “*Viceconte*” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, en el cual- a través de la acción de amparo colectivo- se solicitó la elaboración de la vacuna para contrarrestar la llamada fiebre hemorrágica argentina⁸⁵⁷. En esta sentencia, la Cámara de Apelaciones establece la obligación del Estado de fabricar la vacuna y fijó un plazo para el cumplimiento de esta obligación, tomando en cuenta los plazos del cronograma oficial que pasaron a tener valor de plazos legales. Además, la sentencia reafirmó el rol de garante del Estado en relación con el derecho a la salud cuando determinadas prestaciones no resultan rentables o convenientes para la actividad privada⁸⁵⁸.

⁸⁵² Ídem.

⁸⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-153 del 28 de abril de 1998

⁸⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, C-383 de 27 de mayo de 1999

⁸⁵⁵ ETO CRUZ, G., *op.cit.*, p.121

⁸⁵⁶ RODRIGUEZ, C., Y RODRIGUEZ, D., “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en ARCIDIÁCONO, P., Y ESPEJO, N., *op.cit.*, p.94.

⁸⁵⁷ CAMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, Sala IV, Argentina, *Viceconte c/ Ministerio de Salud y Acción Social*, sentencia del 2 de junio de 1998.

⁸⁵⁸ CAMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, Sala IV, Argentina, *Viceconte c/ Ministerio de Salud y Acción Social*, sentencia del 2 de junio de 1998, Párr.10.

También se ha dictado este tipo de sentencia en el caso “TAC” resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica. En este caso, que trataba sobre una política pública para enfrentar el VIH-SIDA, la Corte utilizó su ya citado estándar de razonabilidad y determinó que se había vulnerado el derecho a la salud de las personas excluidas del programa. Finalmente, ordenó al gobierno que ampliara la distribución de los antirretrovirales para reducir la transmisión del VIH de madres a hijos.⁸⁵⁹

En Perú, el Tribunal Constitucional ha dictado varias sentencias de este tipo. En las sentencias STC 2480- 2008-PA y STC 3180-2007-PA, el Tribunal ingresa a analizar detenidamente la política del Estado peruano en materia de salud mental concluyendo que la realidad de la salud mental se traduce en un sistema legal, hospitalario y político fragmentado. En la primera de estas sentencias, el Tribunal sólo procede a reconocer el derecho individual de la paciente afectada, sin embargo, en la segunda sentencia ya da un paso adelante y hace una serie de exhortaciones dirigidas al Congreso, al Ministerio de Salud, al Ministerio de Economía y finanzas y al Seguro Social de Salud con el fin de ampliar la cobertura del *Seguro Integral de Salud* (SIS) para la atención de enfermedades y/o trastornos mentales y del comportamiento.

Posteriormente, en la STC 05842-2006- PHC/TC no sólo declara fundado el *hábeas corpus* a favor del derecho de los pacientes a ingresar a un establecimiento de salud mental con consentimiento informado previo como derecho conexo a la libertad individual sino que además dicta una serie de órdenes precisas a las autoridades del establecimiento de salud y exhorta a las autoridades legislativas que contemplan la promulgación de una Ley de Salud Mental.

También en materia pensionaria, el Tribunal Constitucional peruano ha dictado sentencias de este tipo. En la STC 05561-2007-PA, en vista del número de casos que el Tribunal ha llegado a conocer contra la actuación de

⁸⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, *Minister of Health and Treatment Action Campaign*, 2002, SA 721 (CC) del 5 de julio de 2002.

la Oficina Nacional de Pensiones (ONP), procedió a revisar su eficacia como institución garante de la seguridad social así como la contratación de sus servicios jurídicos y su actuación en los procesos judiciales. Finalmente, el Tribunal declara como un “estado de cosas inconstitucional” la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia del Tribunal de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra además de dar una serie de órdenes dirigidas a las instancias judiciales, a la misma ONP y a la Defensoría del Pueblo.

A criterio de ETO, las críticas más serias contra este tipo de sentencias se han dado desde el argumento del desplazamiento del ideal democrático del auto-gobierno, desde el espacio político al judicial además de la incapacidad de los Tribunales de determinar cuestiones técnicas sobre políticas públicas en materia social. Por otro lado, afirma también que muchas de estas sentencias han sido criticadas por no haber establecido formas de seguimiento de su cumplimiento o que la fuerza de los tribunales no ha sido la suficiente para llevar adelante su implementación, con lo cual, el activismo judicial llega a ser desprestigiado por la realidad de su incumplimiento⁸⁶⁰.

Sin intención de agotar la discusión aquí, consideramos que una posible solución a la intervención judicial en derechos sociales puede darse a partir de lo propuesto por TUSHNET. Para este autor, la preocupación tradicional sobre la incapacidad de los tribunales de justicia de hacer justiciables los derechos sociales suele asumir que la única forma de hacerlo es por medio de maneras intensas o fuertes de intervención judicial. Pero lo cierto es que tal presunción de intervención judicial fuerte desconoce la posibilidad de otras formas más atenuadas o deferentes de intervención judicial. En un modelo de revisión judicial débil, se busca promover un diálogo en tiempo real entre el legislador y el Tribunal, proveyendo mecanismos para que el pueblo responda a las decisiones que considera razonablemente

⁸⁶⁰ ETO CRUZ, *op.cit.*, p.122.

equivocadas. Estos mecanismos pueden ser desplegados de manera más rápida que las reformas constitucionales o la designación de los jueces⁸⁶¹.

A nuestro juicio, el modelo de intervención judicial débil propuesto por TUSHNET hace bastante posible poder lidiar con las críticas en torno a la legitimidad democrática de los jueces o a la crítica sobre el desconocimiento de cuestiones técnicas por parte de los jueces. Consideramos que es la forma bajo la cual el Tribunal Constitucional ha venido actuando. Sin embargo, el gran problema de las sentencias del Tribunal se da al momento de hacerlas efectivas pues no se conocen ni existen estudios que reflejen la medida en que las órdenes o exhortaciones dictadas por el Tribunal en los casos citados han sido implementadas o llevadas a cabo por las autoridades correspondientes.

Con todo, en el último periodo (2009-2012) el Tribunal Constitucional Peruano ha dejado el progresismo y se ha replegado en la protección estructural y compleja de los derechos sociales y en el control de políticas públicas.

4.7.1.2.3 Sentencias de condena con orden de implementación posterior. La jurisprudencia dialógica.

ETO afirma que- con intención de superar las críticas efectuadas a la jurisprudencia constitucional protectora de los derechos sociales en casos colectivos- la Corte Constitucional colombiana ha creado una nueva forma de estructurar los fallos, cuidando no sólo la preservación del principio de separación de poderes y del principio democrático sino también vigilando que

⁸⁶¹ TUSHNET, M., “Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social welfare Rights” in *Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, pp. 227-264.

se cumpla con aquello resuelto en la sentencia⁸⁶². Se trata de la jurisprudencia dialógica en casos estructurales.

El ejemplo paradigmático de este tipo de sentencias sobre casos estructurales es la dictada en el caso “*Desplazamiento Forzado*” en Colombia. En la T-025 de enero del 2004 se declaró el “estado de cosas inconstitucional” de la política pública que atendía a la población desplazada y expidió órdenes de procedimiento que involucraban al Estado y a la sociedad civil en la elaboración y aplicación de programas para enfrentar la crisis humanitaria del desplazamiento⁸⁶³. Señalan RODRIGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO que, al requerir el diseño de políticas y convocar audiencias públicas periódicas para discutir las, la Corte estableció un procedimiento participativo y gradual de implementación del fallo. En este sentido, las medidas a aplicarse se determinarán con posterioridad a la sentencia, en las distintas audiencias participativas programadas para su análisis y, de ser necesario, su redefinición; con la participación de los actores involucrados, tanto los poderes involucrados como miembros de la sociedad civil y los beneficiarios.⁸⁶⁴

A partir de esta iniciativa, se han emitido múltiples “autos de seguimiento”⁸⁶⁵, donde se ha delimitado aún más las obligaciones a cumplir por parte de las autoridades, forjando un proceso de cambio estructural en el sistema de atención a las víctimas del desplazamiento, que ha durado ya más de 8

⁸⁶² ETO CRUZ, *op.cit.*, p.123.

⁸⁶³ En este sentido se crea un diálogo interinstitucional y multinivel que involucra al Estado, a los afectados, a organizaciones de la sociedad civil y a la misma Corte colombiana. En el seguimiento a la sentencia, “la Corte Constitucional y el Gobierno han intercambiado miles de folios, lo que sin duda ha creado otra percepción social y académica del problema del desplazamiento y ha devenido en nuevas tesis y posturas que han permitido la consolidación de la comunidad científica constitucionalista”. (GUERRERO, M., Análisis institucional de la política pública frente al desplazamiento forzado en *Estudios en Derecho y Gobierno*, vol.3, n°1, Enero-Junio 2010, p.131. http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_6682_polaticas-para-atender-desplazados-.pdf.

⁸⁶⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y RODRÍGUEZ FRANCO, D., “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en: ARCIDIÁCOMO, P., ESPEJO, N., Y RODRIGUEZ, C., *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre, 2010, p. 84-85.

⁸⁶⁵ Para verificar el cumplimiento por parte del gobierno de la acción de tutela, se estableció una “Comisión de Seguimiento”, toda vez que para el año 2007, mediante los Autos 109 y 233 se diseñó una batería de indicadores de resultado de goce efectivo de los derechos de la población desplazada.

años.⁸⁶⁶ El *proceso de seguimiento* creado por la Corte colombiana ha resultado ser sumamente innovadora, identificándola como uno de los aportes fundamentales del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia internacional en materia de protección de los derechos humanos⁸⁶⁷.

Este mecanismo ha significado una propuesta innovadora para el control judicial de las políticas públicas además de generar “un caldo de cultivo” que ha permitido vislumbrar nuevas propuestas para un mayor control al objetivar las obligaciones estatales derivadas de los derechos sociales. Además, a decir de LEÓN, constituye una herramienta que se ha enfrentado vigorosamente a la crítica del carácter antidemocrático de dicho control⁸⁶⁸. Al respecto, han defendido RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ que la jurisprudencia dialógica en casos estructurales practicada por la Corte, más que ir contra la voluntad democrática de los órganos políticos competentes, busca desbloquear la inercia o negligencia política que está impidiendo el disfrute efectivo de derechos sociales⁸⁶⁹. Y esto se logra a través de los efectos de la jurisprudencia dialógica los cuales- en el caso “*Desplazamiento Forzado*”- pueden resumirse en i) el *efecto creador*, de acuerdo al cual la sentencia convierte un problema invisibilizado en un problema de derechos humanos; ii) el *efecto coordinador*, según el cual, a partir de la expedición de la sentencia los distintos órganos estatales que trabajaban aisladamente en la superación del problema, ahora se ven forzados a hacerlo coordinadamente,

⁸⁶⁶ RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Uniandes, Bogotá, 2009. En: <http://terranova.uniandes.edu.co/>

⁸⁶⁷ *Ídem*, pp. 1-59

⁸⁶⁸ LEÓN, F., *La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*, Tesis inédita, Lima, PUCP, 2013. Las críticas antidemocráticas han venido, especialmente, del mismo Gobierno Nacional el cual alega que: “Los jueces no son elegidos popularmente, y al intervenir en asuntos de políticas públicas que competen a otros órganos, erosionan la legitimidad y el principio de distribución del poder público en diferentes órganos que tienen funciones separadas. Acudiendo a la competencia institucional, en informe de julio de 2010, el Gobierno anota que las cortes están hechas para conocer casos particulares y no para estructurar políticas que tienen alcance general y que implican una serie de competencias y herramientas con los que las cortes no cuentan.” (GUERRERO, M., “Análisis institucional de la política pública frente al desplazamiento forzado” en *Estudios en Derecho y Gobierno*, vol.3, n°1, Enero-Junio 2010, p.131. http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_6682_politicas-para-atender-desplazados-.pdf

⁸⁶⁹ RODRIGUEZ, C., Y RODRÍGUEZ, D., “Un giro en los estudios sobre derechos sociales...”, *op.cit.*, p.363.

iii) el *efecto deliberativo*, generado por el diálogo abierto sobre la política de desplazamiento, iv) el *efecto institucional sobre la política pública*, dada la consideración de estándares e indicadores sobre derechos humanos en su elaboración, y v) el *efecto social*, sobre la propia población desplazada y la satisfacción efectiva de sus derechos⁸⁷⁰.

También en Argentina, los jueces han ido reconociendo la necesidad de crear instancias activas de implementación de sentencias en materia de derechos sociales que se diferencien de aquellas que sólo tengan como eje el impulso de medidas de ejecución tradicional y que requieren de planteamientos, coordinación e implementación a lo largo del tiempo. Consecuencia de esto, están el caso del saneamiento de la Cuenca Matanza- Riachuelo⁸⁷¹ y el caso de la desnutrición de poblaciones indígenas en el Chaco⁸⁷², donde la Suprema Corte Argentina ha celebrado audiencias públicas como mecanismo de articulación y diálogo para concebir soluciones apropiadas e integrales⁸⁷³.

El Tribunal Constitucional peruano ha adoptado- en jurisprudencia muy reciente- un esquema de interpretación de las obligaciones que emanan directamente de la Constitución, cuando llegan a su conocimiento casos en los cuales observa la falta de eficacia de las políticas públicas que comprometen el cumplimiento de derechos sociales. Así, en la sentencia STC 0033-2010-PI/TC del 10 de abril del 2012 sobre el caso “*Aseguramiento universal de la salud*”⁸⁷⁴, el Tribunal manifestó:

⁸⁷⁰ RODRÍGUEZ, C., Y ROGRÍGUEZ, D., *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Ed. Dejusticia, 2010.

⁸⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, caso “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, Sentencia del 8 de julio del 2008.

⁸⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Caso “Defensor del pueblo de la Nación vs. Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco)”, Sentencia del 18 de setiembre del 2007.

⁸⁷³ FAIRSTEIN, C. y KRETZEL, G., “En busca de un remedio judicial efectivo: Nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales” en ARCIDIÁCONO, P., y ESPEJO, N., *Derechos sociales...*, op.cit., pp.41-82.

⁸⁷⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0033-2010-PI/TC del 10 de abril del 2012.

“En este sentido, el Tribunal recuerda que aun cuando las *formas* o *medios* empleados para avanzar en la cobertura de aseguramiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas competentes, ello no priva de la competencia de los Tribunales para *controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad*(...) En realidades socialmente desestructuradas como las nuestras, en donde la exclusión del goce de los derechos para un amplio sector de ésta se encuentra largamente asentada, es tarea de este Tribunal *impulsar, corregir o encaminar* el accionar de dichas autoridades, a fin de evitar *graves* estados de insatisfacción de necesidades básicas, que atenten directamente contra el principio de dignidad humana y el carácter normativo de la Constitución”.⁸⁷⁵

A pesar de haber afirmado que es su tarea “la de impulsar, corregir o encaminar el accionar de las autoridades con el fin de evitar graves estados de insatisfacción de necesidades básicas, que atenten contra el principio de dignidad humana y el carácter normativo de la constitución”, no ha previsto la posibilidad de vigilar el cumplimiento de sus propias decisiones.

En principio, porque esa competencia no le ha sido brindada por la Constitución de 1993. Tampoco el Tribunal se ha arriesgado a crear jurisprudencialmente algún mecanismo de seguimiento de sus sentencias cuando deriva al poder político la creación de mecanismos de garantías institucionales de los derechos sociales o el llenado de vacíos en las políticas públicas en la materia. Es evidente que para implementar la “jurisprudencia dialógica” se requiere de un Tribunal progresista que dirija este “proceso de diálogo inter-institucional e inter-nivel” capaz de adecuar las competencias constitucionales que le han sido otorgadas con los fines constitucionales del Estado social que debe tutelar. Y el Tribunal Constitucional peruano no ha dado ese paso aún.

⁸⁷⁵ Ídem, FJ.29

4.7.2 *Sentencias dictadas en procesos de inconstitucionalidad de leyes*

4.7.2.1 Sentencias que declaran la inconstitucionalidad de disposiciones legales que vulneran derechos sociales

También se ha reconocido la dimensión exigible de los derechos sociales mediante la tutela de estos derechos como normas constitucionales, mediante la acción de inconstitucionalidad. Esta acción materializa el control de constitucionalidad de las leyes, constituyéndose en la principal garantía jurisdiccional de defensa de la supremacía constitucional frente las acciones del poder público. Ya sea a través de la modalidad del control abstracto o del control incidental, los jueces constitucionales pueden tener que enfrentarse a disposiciones legales abiertamente contradictorias con la Constitución. Esta forma de intervención jurisdiccional es la que genera mayor problema con la objeción democrática. Empero, aquí sostenemos la idea defendida por cierto sector de la doctrina que señala que el juez constitucional tiene diversas posibilidades de acción y que en el marco del Estado Constitucional de Derecho, no debe quedar pasivo ante la inacción del Legislador.⁸⁷⁶

Desde la STC 0010-2002-AI/TC del año 2003, el Tribunal Constitucional Peruano ha recurrido a sentencias interpretativas al momento de resolver determinados asuntos sometidos a su conocimiento. Con este tipo de sentencias ha buscado evitar la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, evitando los vacíos legales que se generan en el

⁸⁷⁶ ALEXY sostiene al respecto que las posibilidades que en estos casos tiene el Tribunal Constitucional Alemán pueden ir “desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo la legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución.” En ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, CEC, 2002, P. 497.

ordenamiento como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad. Posteriormente, en la STC 0004-2004-CC/TC ha replanteado la tipificación inicial.

A partir de esta tipificación hecha por el Tribunal Constitucional es que analizaremos las sentencias emitidas en procesos de inconstitucionalidad que versan sobre materia de derechos sociales.

4.7.2.1.1 Sentencias estimativas de inconstitucionalidad de una disposición legal que vulnera derechos sociales y que determina su simple anulación

Aquí, el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley -un artículo, un párrafo, etc.-; y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico. Este tipo de sentencias, en la actualidad, viene a ser la excepción más no la regla⁸⁷⁷.

En el caso “Filiales universitarias”, la STC 00017-2008-AI/TC⁸⁷⁸ es, respecto a los art. 1 y 2 de la Ley n° 28564 una sentencia estimativa de simple anulación. Esta declara fundada la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales los artículos 1º y 2º de la Ley N.º 28564, por haber limitado desproporcionada e irrazonablemente el derecho fundamental

⁸⁷⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 0053-2004-AI/TC; STC N.º 0041-2004-AI/TC

⁸⁷⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 00017-2008-AI-TC del 15 de junio del 2010.

de acceso a una educación universitaria y el derecho a promover y conducir instituciones educativas. No desarrolla ningún tipo de interpretación que pueda salvar la constitucionalidad del precepto legal, por lo que se entiende que expulsa el precepto del ordenamiento jurídico sin más.

4.7.2.1.2 Sentencias estimatorias que declaran la inconstitucionalidad de una forma errónea de interpretación de una disposición legal que vulnera un derecho social

También llamadas “sentencias interpretativas en sentido estricto”. Según el Tribunal Constitucional, en este tipo de sentencia, el órgano de control constitucional- según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional- declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida. Así, esta modalidad aparece cuando se ha asignado a la disposición impugnada alguna significación y contenido (norma) distinta al que la disposición tiene realmente. En efecto, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una interpretación errónea se han creado “nuevas normas” distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución⁸⁷⁹.

Afirma LANDA ARROYO que este tipo de sentencias son cada vez más frecuentes en el constitucionalismo latinoamericano. Pone como ejemplo que en Colombia se las denomina “sentencias condicionadas” las cuales han

⁸⁷⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° 0042-2004-AI/TC del 13 de abril del 2005.

ayudado a mantener dentro del ordenamiento jurídico ciertas interpretaciones de leyes que son conformes a la Constitución. Se han dado, por ejemplo, en la C-545 de 1992, la C-473 de 1994, la C-496 de 1994 y en la C-109 de 1995⁸⁸⁰. De este tipo es la STC 0014-1996-AI/TC⁸⁸¹ del Tribunal Constitucional Peruano. En esta sentencia, el Tribunal falla declarando la inconstitucionalidad de la interpretación de la “esterilización quirúrgica irreversible” como método de planificación familiar.

4.7.2.1.3 Las sentencias interpretativas- normativas

Según Eloy ESPINOZA-SALDAÑA son aquellos pronunciamientos donde, a propósito de rescatar la constitucionalidad de una norma (o especificar en qué aspectos dicha norma sería inconstitucional), el juzgador constitucional proporciona tanto a los jueces ordinarios como a cualquier otra autoridad o ciudadano los parámetros para comprender la norma en cuestión en el mismo sentido planteado por ellos, acabando así con cualquier incoherencia o confusión previamente existente, o por lo menos, comprometiendo al legislador con la subsanación de estas deficiencias⁸⁸².

En su jurisprudencia en la STC 004-2004-CC/TC sobre el conflicto de competencias interpuesto por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, el Tribunal Constitucional Peruano determina la naturaleza de este tipo de sentencia. Explica que en este tipo de sentencias, el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo

⁸⁸⁰ LANDA ARROYO, C., “Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana”, ponencia en el seminario internacional «La justicia constitucional. Prolegómeno de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina», organizado por el Max-Planck-Institut, Heidelberg, 18-19 noviembre de 2009, 18 pp.

⁸⁸¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0014-1996-AI/TC del 28 de abril de 1997.

⁸⁸² ESPINOZA, E., “Sentencias interpretativas: sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana”, En: *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, num.2-2006, noviembre 2006, p.208.

inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. Mediante el proceso ablativo o exéresis se busca reducir los alcances normativos de la ley impugnada eliminando de la interpretación de la disposición alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Entonces, se declara la nulidad de las expresiones impertinentes; lo que genera un cambio de contenido preceptivo de la ley. Por otro lado, mediante el proceso reconstructivo, se consigna el alcance normativo de la ley impugnada agregándosele un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo, produciéndose una creación judicial del derecho⁸⁸³. Sobre la justificación de estas sentencias, señala el TC que se dan por la necesidad de evitar los efectos negativos y perjudiciales que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente: el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución⁸⁸⁴.

Afirma el Tribunal Constitucional que tal interpretación hace que la ley se adecue a las exigencias constitucionales cabiendo la posibilidad, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos. En efecto, este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizadas por los vacíos normativos producto de un simple fallo estimatorio. Sin embargo, aclara el TC, esto no implica que exista una discrecionalidad por parte del juez en este tipo de sentencias, siempre que las normas inducidas o deducidas emanadas de una sentencia interpretativa-normativa se

⁸⁸³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 004-2004-CC/TC del 31 de diciembre del 2004.

⁸⁸⁴ *Ídem*.

encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, y sean objetivables mediante este procedimiento interpretativo⁸⁸⁵.

En la sentencia analizada, el TC procede a efectuar una tipificación de estas sentencias. En efecto, las sentencias interpretativas-normativas pueden ser: a) las *reductoras*, las cuales restringen el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto b) las *aditivas*, en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa y mediante la cual procede a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional c) las *sustitutivas*, donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico, vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley y d) las *exhortativas*, mediante las cuales el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales⁸⁸⁶.

El Tribunal Constitucional peruano tiene una prolija cantidad de sentencias interpretativas-normativas en materia de derechos sociales, sobre todo en los casos de inconstitucionalidad por omisión legislativa o en aquellos casos en que la inconstitucionalidad se produce contra el principio de igualdad donde la norma impugnada posee alguna dimensión que vulnera derechos sociales de grupos o en situaciones concretas.

⁸⁸⁵ *Ídem.*

⁸⁸⁶ *Ídem.*

Por ejemplo, una sentencia interpretativa del tipo sustitutiva fue la que dictó el Tribunal Constitucional en el Caso “Ley de la Cédula Viva” (SCT 0050-2004-AI/TC), donde interpretó la ley a partir del principio de igualdad y determinó que los cinco requisitos para que el varón sea beneficiario de una pensión de viudez no debían ser exigidos copulativamente, como señalaba la ley, sino que debía ser interpretado alternativamente a efectos de no tener un trato discriminatorio en relación a la viuda de un pensionista a la que sólo se le exigía acreditar un requisito. Para tal efecto, el Tribunal dispuso expulsar la conjunción “y” para otorgarle al vacío creado un sentido interpretativo disyuntivo con la conjunción “o”.

En este caso, el Tribunal determina que una interpretación acorde con los principios constitucionales exige un igual trato entre hombres y mujeres en derechos pensionarios por lo cual modifica la redacción del texto de la ley, para convertirlo en constitucional⁸⁸⁷. Además, la STC 0050-2004-AI/TC constituye una sentencia de tipo reductora y exhortativa a la vez. Es reductora respecto al punto resolutivo 3 donde interpreta que la pensión de orfandad de los hijos mayores de edad queda extinguida en casos que sus estudios no resulten satisfactorios además excluye a los estudios de posgrado o segunda carrera técnica como supuestos protegidos por la Ley. Finalmente, es exhortativa en el punto resolutivo 5, mediante la cual exhorta al Congreso de la República a cubrir el vacío normativo de la Primera Disposición Transitoria de la Ley N°28449.

Un ejemplo respecto de las sentencias aditivas en materia de derechos sociales se da en el caso “Libre desafiliación de las AFP” (STC N°00014-2007-AI/TC), donde declaró fundada en parte la demanda e inconstitucional la omisión legislativa consistente en no haber incluido a la indebida,

⁸⁸⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, SCT 0050-2004-AI/TC del 3 de junio del 2005

insuficiente y/o inoportuna información como causal de nulidad del acto de afiliación al Sistema Privado de Pensiones. Consecuentemente, señaló que debía interpretarse como causal de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones dicho supuesto.

También en un proceso de inconstitucionalidad por omisión legislativa, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias de este tipo, con la diferencia que el proceso le sirvió para constatar la ausencia de legislación y de garantías institucionales las cuales generaban situaciones constitucionalmente intolerables. Así, en el caso “filiales universitarias”, el Tribunal Constitucional, en la STC 00017-2008-AI/TC declara el “estado de cosas inconstitucional de carácter estructural” en el sistema educativo universitario. Luego señala que dicho estado solo puede ser reparado en un sentido mínimo con las decisiones adoptadas en esta sentencia, motivo por el cual determinó que era obligación del Estado adoptar de inmediato — respetando los criterios expuestos en la sentencia— las medidas institucionales necesarias (legislativas, administrativas, económicas, etc.) para reformar el sistema de la educación universitaria en el país, de forma tal que quede garantizado el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria de calidad, reconocido por la Constitución. En los siguientes puntos resolutivos, pasa a indicar una serie de medidas que, obligatoriamente, deberá observar el legislador al momento de diseñar el engranaje político-institucional del sistema de educación universitaria, para poder poner fin a su situación de inconstitucionalidad. Estas medidas no son otras que una serie de recomendaciones surgidas a partir del análisis constitucional del sistema de educación universitaria vigente y de la constatación de un evidente caos institucional.

4.7.2.2 Sentencias que desestiman la inconstitucionalidad de una disposición legal que vulnera algún derecho social pero que establece una interpretación constitucional única (interpretación stricto sensu)

También en la STC 004-2004-CC/TC, el TC establece las sentencias de interpretación constitucional única. Según máximo colegiado, en este caso el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley, en cuanto su interpretación se de en el sentido que éste considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental. En efecto, desestima la acción presentada contra una ley o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infracciones a la Constitución. Consecuentemente, se establece la obligatoriedad de interpretar dicha norma de acuerdo con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida⁸⁸⁸.

Este tipo de sentencia es la dictada en torno al expediente 0008-2005-PI/TC. Aquí, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el numeral 8 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175. En su resolución, dispone el TC que “debe” interpretarse dicho precepto “en el sentido” que tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas- donde se encuentren en juego derechos constitucionales- la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23º de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

⁸⁸⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 004-2004-CC/TC del 31 de diciembre del 2004, F.J. 4.2.

Además, también declara infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el inciso d) del artículo 16° de la Ley N.° 28175, “debiéndose” interpretar dicho precepto “en el sentido que” el inciso cuestionado, sólo será constitucional en la medida que el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público, previsto en él, se apliquen a los empleados de confianza a que se refiere la ley, mientras que, para el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sólo estarán sujetos a las fuentes normativas del empleo público, no siéndoles de aplicación la disposición referida al contrato de trabajo.

4.7.2.3 Auto-límites establecidos por el Tribunal Constitucional peruano para la emisión de sentencias interpretativas en los procesos de inconstitucionalidad

La aplicación de las llamadas “sentencias interpretativas” ha provocado más de una objeción ante el cual no solamente la doctrina a nivel comparado⁸⁸⁹ sino inclusive el mismo Tribunal Constitucional peruano han buscado establecer algunos límites.

Efectivamente, los límites a la emisión de estas sentencias han sido desarrollados en la STC 0030-2005-AI/TC, del 2 de febrero de 2006 por medio de la cual, el TC determinó como límites: a) El respeto al principio de separación de poderes b) Dejar de dictar esta clase de sentencias si, advertida la inconstitucionalidad en la cual incurre la norma impugnada, existe a nivel interpretativo más de una fórmula para cubrir el vacío normativo

⁸⁸⁹ El desarrollo de los límites de la emisión de sentencias interpretativas desarrollada por el tribunal constitucional tiene una clara influencia de los límites desarrollados por José Vecina, quien desarrolla los límites de la práctica jurisprudencial de los distintos tribunales constitucionales, en su mayoría los tribunales europeos. Ver: VECINA SIFUENTES, J., “Las sentencias aditivas del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador” en *Justicia*, I vol., n°3, 1993, p. 330.

que una declaración de inconstitucionalidad pudiese provocar. Será el Congreso a quien le corresponderá “escoger” la alternativa que repute conveniente en estos casos c) Circunscribir su capacidad de dictar este tipo de sentencias cuando estos pronunciamientos sean imprescindibles para evitar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma genere consecuencias que resulten todavía más nocivas para el sostenimiento y/o consolidación del Estado social y democrático de Derecho d) En cualquier caso, siempre deben explicar las razones y fundamentos constitucionales y normativos que justifiquen el dictado de cualquier sentencia de tipo interpretativo y e) La exigencia de mayoría calificada de los votos de los miembros del Tribunal Constitucional peruano para aprobar una resolución de esta naturaleza. Finalmente, buscando la consolidación y respeto de estos límites, los mismos fueron aprobados con la calidad de precedentes vinculantes, siguiendo la pauta prevista en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁸⁹⁰.

Sin embargo- en los últimos años- la emisión de sentencias interpretativas, en palabras de ESPINOSA SALDAÑA-BARRERA, se ha convertido “en moneda corriente dentro del habitual quehacer del Tribunal Constitucional peruano, no limitando su uso a los procesos de inconstitucionalidad, sino también recurriendo a esta técnica en la resolución de controversias vinculadas a otros medios procesales”⁸⁹¹. Esto ha generado polémica entre los constitucionalistas peruanos, quienes han advertido al Tribunal Constitucional que el uso abusivo de las sentencias interpretativas puede generar problemas de legitimidad democrática de sus decisiones así como

⁸⁹⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 0030-2005-AI/TC del 2 de febrero de 2006, FJ 60.

⁸⁹¹ ESPINOSA SALDAÑA-BARRERA, E., “Sentencias interpretativas: Sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana” en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, noviembre 2006, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pp. 212

desprestigiar la noble finalidad de las sentencias interpretativas de origen italiano⁸⁹².

ESPINOSA SALDAÑA-BARRERA expone estos peligros afirmando que a partir del 2002- fecha en la que el TC empieza a emitir sentencias interpretativas- se ha excedido en el ejercicio de sus propias competencias, sobrepasando incluso sus propios límites autoimpuestos en el 2006⁸⁹³. Así SALDAÑA afirma que el Tribunal ha excedido los límites impuestos por la *raison d'être* de la figura de la sentencia interpretativa así como sus propios límites autoimpuestos: 1) por un uso excesivo de sus sentencias exhortativas 2) así como el manejo inadecuado de los demás tipos de sentencias interpretativas-manipulativas⁸⁹⁴. Además, advierte el autor que el mal uso de este tipo de sentencias implica una innecesaria exposición de los jueces constitucionales, involucrándose en temas donde no les corresponde actuar, y pronunciándose en materias donde carecen de real capacidad para exigir lo que proponen. Expresa que constituye un riesgo de efectos negativos para la jurisdicción constitucional pues se debilita dramáticamente la credibilidad de los juzgadores constitucionales y ponen en peligro la legitimidad ciudadana en la labor de funcionarios con responsabilidades centrales dentro de un Estado constitucional⁸⁹⁵.

⁸⁹² Señala Eloy Saldaña que es clara la influencia de las sentencias manipulativas creadas por el Tribunal Constitucional Italiano en la tipificación de sentencias desarrollada por el Tribunal Constitucional Peruano en la STC 004-2004-CC/TC. Al respecto, Egüiguren ha señalado que los ejemplos más ilustrativos de sentencias normativas son las de Tribunal Constitucional Alemán, Austriaco, Español e Italiano, especialmente este último que ha desarrollado una jurisprudencia muy creativa, que no en pocas oportunidades le ha ocasionado problemas con el poder judicial y el poder legislativo debido a su audacia.” (EGÜIGUREN, J., “Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el Tribunal Constitucional Peruano” en FERRER, E., *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix- Zamudio*, México, IJ-UNAM, 2008, p.325.

⁸⁹³ SALDAÑA-ESPIÑOZA, E., “Sentencias interpretativas: Sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana” en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, noviembre 2006, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pp. 203-220,

⁸⁹⁴ Ídem, p. 215-219.

⁸⁹⁵ Ídem, p. 219.

Aquí consideramos- como ya lo hemos expresado anteriormente- que los jueces constitucionales deben de actuar supeditados a los fines constitucionales de su mandato, cuyos límites son la propia supremacía constitucional y la garantía de los derechos fundamentales. La misma Constitución reconoce el principio de separación de poderes como principio *sine quo non* del Estado constitucional, razón por la cual resulta inconcebible que- en virtud de su posición de máximo garante de la Constitución- el TC desconozca tan fundamental principio, so pretexto de tutelar otras disposiciones constitucionales. Por lo cual aquí no defendemos intervencionismos jurisdiccionales de ningún tipo. Por otro lado, el Tribunal debe preservar la observancia del principio de reserva de ley que constituye una de las principales garantías normativas de los derechos fundamentales en el Estado constitucional. Por lo tanto, no es competente para “legislar” en materia de derechos fundamentales ya que esta competencia es exclusiva y reservada del Poder Legislativo, para lo cual es elegido en las urnas en un proceso democrático.

Lo hasta aquí expresado no significa que estemos de acuerdo con la idea que el legislador tiene total discrecionalidad para decidir sobre los medios y la oportunidad para legislar sobre materia de derechos fundamentales⁸⁹⁶.

⁸⁹⁶ “Por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titularidad [...] ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como poder legítimo (...) el mero sí, el puro poder de mando que se agota en la sola voluntad de quien lo ejerce porque prescinde de razones objetivas exhibibles que puedan justificar sus decisiones, quedó entonces erradicado, porque un poder tal introduce el azar donde debiera brillar la previsibilidad y convierte al ciudadano en un súbdito incapaz de organizar su vida, al tener que estar pendiente siempre de escrutar el rostro de sus gobernantes para averiguar sus buenos o malos humores y poder decidir en consecuencia” (RAMÓN, T., *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Palestra, Lima 2006, págs. 306 y 307). Señala el TC citando a Tomás Ramón Fernández que “La administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto”. (Exp. N° 0090-2004-AA/TC, f.j. 12)

Esto cobra especial relevancia cuando se trata de legislar en materia de derechos sociales, que en muchos casos encuentra su principal inconveniente de efectividad precisamente en lagunas legislativas. Como ya lo hemos expresado en el caso latinoamericano- y entre estos el peruano- un órgano jurisdiccional de constitucionalidad de leyes es el único que puede evidenciar la grave situación de los derechos sociales en los Estados, la ineficiencia de las políticas públicas así como la desidia de los órganos de poder para diseñar programas sociales de calidad para la satisfacción de las necesidades mínimas de la población. Como lo hemos hecho evidente en el caso peruano, es a través de este tipo de sentencias que se ha forzado al Legislativo a adecuar su legislación a la realidad social y sobre todo a las necesidades de la población beneficiada así como también se le ha forzado a legislar cuando se ha observado vacíos normativos que ponen en situación de vulnerabilidad los derechos sociales fundamentales.

Aceptando que en algunos casos se han cometido excesos, consideramos que el Tribunal Constitucional no sólo se ha constituido como garante de la constitución sino que además, en la realidad, se ha constituido como un supervisor de la actividad de los poderes públicos, impulsándolos incluso a actuar cuando no lo han hecho y orientándolos en el contenido normativo mínimo que la legislación debe observar para que simpatice con las normas, principios y valores que conforman la esencia de la Constitución peruana de 1993. Esta labor ha sido esencial para el desarrollo legal de los derechos sociales reconocidos en la Constitución, los cuales han sido desarrollados por el legislativo a partir de las sentencias emitidas por el Tribunal en las cuales tuvieron oportunidad de observar la vulneración de derechos sociales a causa de la ineficacia o inexistencia de políticas públicas⁸⁹⁷.

⁸⁹⁷ Un ejemplo de la influencia de las decisiones del Tribunal Constitucional Peruano en el desarrollo legislativo de los derechos sociales se da en el caso de la STC 00607-2009-AA/TC (Caso Flavio Jhon Rojas) y su influencia en la *Ley de protección a la economía familiar respecto del pago de pensiones en institutos, escuela superiores, universidades y escuela de posgrado públicos y privados*, Ley N° 29947, publicada en el diario oficial el 28 de noviembre de 2012. La influencia es evidente. Primero la sentencia del Tribunal Constitucional estableció que ninguna universidad privada puede impedir que

Finalmente, como expresa PÁSARA, ejercer justicia es ejercer poder⁸⁹⁸, y en el marco del Estado Constitucional no existen los poderes ilimitados, sino que estos se controlan entre sí, dentro de un sistema de *check and balance*, ejerciendo sus competencias en el marco constitucionalmente establecido. Además, resulta que el Tribunal Constitucional no es un tribunal ordinario, se trata del máximo órgano de control de la constitucionalidad y el órgano definitivo del sistema jurisdiccional peruano. Dotado de competencias tales que algunos lo han llamado “el cuarto poder”, se le ha reconocido como facultades propias la revisión de los actos del poder político así como su revocación en caso que se vulneren los principios y normas constitucionales, como los derechos fundamentales y los principios constitucionalmente establecidos del Estado social de Derecho.

los estudiantes que no hayan pagado sus pensiones no puedan rendir sus exámenes, considerando que esta era una medida desmedida que afectaba seriamente el derecho a la educación. Posteriormente con la Ley n° 29947, art.2 se determina que: “Los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso”.

⁸⁹⁸ PÁSARA, L., *Jueces, justicia y poder en el Perú*, Lima, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, 1982, 236 pp.

CAPÍTULO QUINTO

MECANISMOS DE JUSTICIABILIDAD DIRECTA E INDIRECTA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO (2002-2008)

5.1 Introducción al capítulo

En el presente capítulo, nos centraremos en la comprobación de la hipótesis de la cual ha partido nuestra investigación: La justiciabilidad de los derechos sociales constitucionales en el Perú se ha dado a través de mecanismos de justiciabilidad que el Tribunal Constitucional Peruano ha creado en sus sentencias emitidas en el periodo comprendido entre mayo del 2002 a julio del 2008.

Para la comprobación de nuestra hipótesis, se ha hecho un estudio previo de todas las sentencias emitidas por el TC en materia de derechos sociales

constitucionales. Posteriormente, se seleccionó las sentencias que trataban exclusivamente de derechos sociales reconocidos de forma expresa en la Constitución de 1993, excluyendo los llamados “derechos sociales innominados”. A continuación- de este pre-selección- se seleccionó finalmente a aquellas sentencias emitidas en el periodo comprendido entre el 30 de mayo del 2002 al 9 de julio del 2008. De esta selección, obtuvimos un total de 52 sentencias las cuales fueron analizadas una por una a fin de poder determinar los mecanismos de justiciabilidad utilizados por el TC en materia de derechos sociales. Finalmente- una vez clasificadas las sentencias y obtenidos los elementos constitutivos de cada mecanismo- se procedió a seleccionar una sentencia-muestra. Es en este capítulo donde la hipótesis es comprobada y los mecanismos de justiciabilidad desarrollados.

Sin embargo, consideramos fundamental que antes de la comprobación de la hipótesis, analicemos el panorama actual de la justiciabilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo. Para ello, primero hemos definido y diferenciado los conceptos de “exigibilidad judicial” y “justiciabilidad” de los derechos sociales. En segundo lugar, creemos que no se puede tratar el tema de la justiciabilidad sin tocar lo referente a la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Por ello, hacemos un análisis de los derechos sociales y su exigibilidad judicial en el paradigma neoconstitucional. En tercer lugar, nos adentramos al estudio de las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales, por ser esta la piedra de toque en el cual confluyen los momentos de la exigibilidad y la justiciabilidad. Respecto a este punto, nos contextualizamos en el constitucionalismo peruano. Finalmente nos adentraremos al análisis de los mecanismos de justiciabilidad presentes en las sentencias del TC.

5.2 La exigibilidad judicial y la justiciabilidad de los derechos sociales: Dos momentos diferenciados e interrelacionados de un proceso garantista-jurisdiccional

Para esta investigación, la exigibilidad judicial y la justiciabilidad son dos conceptos distintos que constituyen dos momentos claves del proceso jurisdiccional para la tutela de los derechos sociales fundamentales. Pero antes de analizar estos momentos y sus interrelaciones, pasaremos a situarnos en los antecedentes de la confusión conceptual que actualmente se manifiesta en la comunidad jurídica-científica que analiza el problema de los derechos sociales, entre el concepto de justiciabilidad y el de exigibilidad judicial.

El concepto de “justiciabilidad” no existe oficialmente en la lengua española⁸⁹⁹. Este concepto aparece en el lenguaje jurídico anglosajón, refiriéndose a la actividad de los jueces de impartir justicia⁹⁰⁰. Al tratar el problema de la actividad de los tribunales para la garantía de estos derechos, la comunidad científica anglosajona -pertenecientes al *common law*- utilizó el concepto “*justiciability*”, entendiéndolo que en el marco de su tradición jurídica, era en el seno de la actividad jurisdiccional donde estos derechos serían eficaces⁹⁰¹.

⁸⁹⁹ Se realizó la búsqueda de la palabra “justiciabilidad” en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, obteniendo como resultado: “La palabra justiciabilidad no está en el diccionario”. Fecha de la búsqueda: 25/03/2014 en <http://lema.rae.es/drae/?val=justiciabilidad>

⁹⁰⁰ En el diccionario del *Legal Information Institute* de la Escuela de Derecho de la Universidad de Cornell se define el concepto “justiciability”: “Justiciability refers to the types of matters that the federal courts can adjudicate. If a case is “nonjusticiable” a federal court cannot hear it. To be justiciable, the court must not be offering an advisory opinion, the plaintiff must have standing, and the issues must be ripe but neither moot nor violative of the political question doctrine.” Fecha de búsqueda: 25/03/2014 en <http://www.law.cornell.edu/wex/justiciability>.

⁹⁰¹ Esto se puede observar en el enfoque que le da COOMANS a su análisis sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en las jurisdicciones domésticas. (Ver: COOMANS, F. (Org)., *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*, Antwerpen, Intersentia and Maastricht Centre for Human Rights, p. 206.). Ver también: DENNIS, M. y STEWART, D., “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International

Sin embargo, el problema de la confusión de conceptos se da cuando se empieza a leer estos estudios en Latinoamérica y Europa, de tradición romano-germánica. Al venir el concepto “*justiciability*” de una tradición jurídica distinta no se entiende- dentro de la tradición romano-germánica- el acento que se pone en la conceptualización del problema sobre los derechos sociales a la actividad jurisdiccional.

En nuestra comunidad científica romano-germánica, el problema de los derechos sociales no tiene que ver con la actividad de los jueces, sino con la falta de mecanismos para hacerlos exigibles. Esta es la razón por la cual, al traducir los trabajos sobre el problema de la eficacia de los derechos sociales de la lengua inglesa a la española, se confunden los conceptos “*justiciability*” y “*exigibilidad judicial*”, utilizándolos en muchos casos como sinónimos⁹⁰². Este es el gran problema que se ha detectado en esta investigación, pues no se encontró trabajo donde no se haya tratado ambos conceptos en el mismo análisis sin definirlos o- si se les define- se les suele utilizar indistintamente.

Lo dicho se comprueba en la observación de una obra de gran importancia a nivel internacional para el tema que estamos abordando: “*Los derechos sociales como derechos exigibles*” de Víctor ABRAMOVICH y Cristian COURTIS. En esta obra, los autores definen la justiciabilidad como exigibilidad judicial⁹⁰³. Al percatarnos de ello, nos fijamos en la bibliografía y

Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?” En *American Journal of International Law*, v. 98, 2004, p. 462-515.

⁹⁰² Aquí es importante aclarar que este problema se ha detectado en las traducciones a la obras de lengua anglosajona a la lengua española hecha en países latinoamericanos de habla hispana y en Brasil además obviamente de las hechas en España. No se ha detectado este problema en la traducción del concepto “*justiciability*” en otra lengua. Sin embargo, consideramos importante aclarar el origen de esta confusión porque condiciona el enfoque que se dan en las investigaciones sobre el tema que se han desarrollado en los países latinoamericanos y en España.

⁹⁰³ En la obra de ABRAMOVICH y COURTIS se expone la problemática de los derechos sociales como derechos exigibles tocando el tema de la justiciabilidad de trasfondo. La intención de la obra (en mucho, pionera en el tema en el ámbito latinoamericano) no es analizar los mecanismos de justiciabilidad sino las estrategias de exigibilidad judicial. Sin embargo, a lo largo de la obra, utilizan ambos conceptos indistintamente. Esta confusión parece partir de la primera definición del concepto “*justiciabilidad*” en su obra, donde señalan: “Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en diversas constituciones y – en el plano internacional- en numerosos

efectivamente, observamos la literatura jurídica anglosajona, la cual parte del concepto de “*justiciability*”.

En efecto, la teoría jurídica-constitucional ha confundido ambos conceptos en la discusión sobre la posibilidad de la justiciabilizar derechos sociales señalando que la dificultad para exigir judicialmente estos derechos tiene como consecuencia inevitable la imposibilidad de su justiciabilidad⁹⁰⁴. Por ello, consideramos necesario explicar aquí como se conceptualizan la exigibilidad judicial y la justiciabilidad, como se interrelacionan y como constituyen dos momentos *sinequanon* del proceso jurisdiccional para la efectividad de los derechos sociales fundamentales⁹⁰⁵.

instrumentos, su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta no superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante el juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho.” (ABRAMOVICH, V., Y COURTIS, C., *Los derechos sociales...*, op.cit., p.37).

⁹⁰⁴ Esta confusión se ha extendido entre la comunidad jurídico- científica que analizan esta problemática. Como ejemplo podemos observar el trabajo de LANGFORD sobre la justiciabilidad de los derechos sociales en el ámbito nacional (LANGFORD, M., Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: Un análisis socio-jurídico, en *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, v.6, n°11, Diciembre 2009, p.99-133) y el trabajo de BUSTOS presentada como tesis doctoral en la Universidad de Salamanca, sobre la exigibilidad de los derechos sociales ante la justicia constitucional. (BUSTOS, R., *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*, Santiago, Ed. Librotecnia, 2014, pp. 546)

⁹⁰⁵ La existencia de estos dos momentos está siendo evidenciada cada vez con mayor fuerza en el litigio así como en la práctica judicial. Existen estudios en diversos países de Latinoamérica donde se analizan las estrategias de litigio para poder exigir derechos sociales ante los Tribunales judiciales (momento 1) pero también existen estudios que observan la actividad de los Tribunales para hacer efectivos los derechos sociales de los demandantes (momento 2). Aunque la teoría tiene dificultad de delimitar estos momentos, la actividad empírica ha chocado con este hallazgo casi sin percatarse de ello. Estudios sobre el primer momento lo encontramos, por ejemplo, en el estudio de FAIRSTEIN, KLETZEL Y GARCÍA REY sobre las estrategias de litigio utilizados en casos concretos para la exigibilidad de derechos sociales en Argentina. (FAIRSTEIN, C., KLETZEL, G. Y GARCÍA, P., “En busca de un remedio judicial efectivo: Nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales”, en ARCIDIÓCONO, P., y ESPEJO, N., *Derechos sociales: Justicia, Política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2010, p. 27-82. También FAIRSTEIN, C., “Positive Remedies: The Argentinean Experience”, en SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Sidney, UNSW Press and Australian Human Rights Centre, 2005, p. 139-151.). Un ejemplo de estudios en torno al segundo momento lo encontramos en el estudio de RODRIGUEZ y RODRIGUEZ sobre la justiciabilidad de los derechos sociales en Colombia en el caso “Desplazamiento Forzado” de Tribunal Constitucional Colombiano, del año 2004. (RODRIGUEZ, C., Y RODRIGUEZ, D., “Un giro en los estudios sobre Derechos Sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del Desplazamiento Forzado en Colombia” en ARCIDIÓCONO, P., y ESPEJO, N., *Derechos sociales...*, op.cit., p. 83-154.)

En primer lugar, es necesario delimitar ambos conceptos. Nos referimos a la exigibilidad judicial de un derecho social cuando existen mecanismos jurisdiccionales puestos a disposición del sujeto afectado en su derecho para poder exigir su satisfacción o restitución a un tribunal jurisdiccional⁹⁰⁶. Esto constituye un primer momento del proceso garantista-jurisdiccional del derecho social: la activación del aparato jurisdiccional, a través del ejercicio de la acción procesal, por parte del sujeto activo en busca de la tutela judicial efectiva del derecho. Por otro lado, la justiciabilidad del derecho social está referida a la actividad jurisdiccional llevada a cabo por los Tribunales jurisdiccionales para la satisfacción del derecho social que exige reconocimiento o restitución⁹⁰⁷. Esto constituye el segundo momento del proceso garantista-jurisdiccional del derecho social: una vez puesta en conocimiento del Tribunal la vulneración o desconocimiento del derecho social, éste actúa en el marco de su competencia para garantizarlo.

Así, podemos afirmar que cada uno de estos conceptos corresponde a dos momentos diferenciados del proceso garantista-jurisdiccional del derecho social. El elemento que destaca en la exigibilidad judicial es la *capacidad jurídica-procesal del sujeto activo*, mientras que el elemento que destaca en la justiciabilidad es la *actividad jurisdiccional* para la garantía del derecho.

⁹⁰⁶ Este concepto surge de la idea de acción procesal. GOLDSCHMITT definía la acción procesal como el “poder jurídico de excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción”. Aquí, la acción procesal sobre la cual construimos el concepto de exigibilidad judicial parte de la idea de poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho vulnerado. (GOLDSCHMITT, J. *Derecho Procesal Civil*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002, p. 96.)

⁹⁰⁷ Este momento se desarrolla dentro de la relación jurídico-procesal. A diferencia del primer momento, el cual se identifica con la acción procesal, este segundo momento se identifica con la idea de la relación jurídico-procesal. Es decir, mientras la acción procesal tiene su origen en el mundo material, la relación jurídico-procesal tiene su origen dentro del proceso jurisdiccional, siendo este el eje de dicho mundo. La relación entre estos dos momentos, relacionando los conceptos dentro de los cuales se desarrollan (acción procesal-relación jurídico procesal), se puede explicar con la siguiente idea: “ En efecto, se requiere el derecho de acción para promover y activar la jurisdicción como tutela de intereses jurídico-materiales protegidos, empero, el procedimiento por el cual se desarrolla dicha tutela, seguido por normas procesales y de administración de justicia, debe necesariamente circundar alrededor de una relación jurídica entre los sujetos procesales y entre los mismos funcionarios jurisdiccionales lo que constituye íntegramente la relación jurídica autónoma de la materia.” (BRODERMANN, L., *La Relación jurídico- procesal*, en Revista Alegatos, n°62, México, Enero-Abril 2006, p.12.)

Por ello, podemos concluir que ambos conceptos no pueden ser confundidos o utilizados indistintamente pues esto llevaría inevitablemente a la incomprensión del proceso jurisdiccional para la garantía de los derechos sociales fundamentales.

En segundo lugar, debemos analizar la interrelación de ambos momentos. La confusión conceptual de la exigibilidad judicial con la justiciabilidad ha llevado a la doctrina a perder de vista que ambos conceptos están referidos a dos momentos diferenciados de un mismo proceso jurisdiccional. Es decir, al confundirlos no se pueden entender las formas como su interrelación ayuda a la construcción de un mayor sistema garantista de los derechos sociales fundamentales. Y esto es esencial para la construcción de un sistema garantista-jurisdiccional de estos derechos.

En principio, sostenemos que estos momentos están interrelacionados pues la creación de mecanismos jurisdiccionales para la exigibilidad de un derecho social permite el acceso a los Tribunales Jurisdiccionales, quienes actúan en el marco de su competencia para justiciabilizar el derecho. Pero también, la actividad jurisdiccional del Tribunal permite que se desarrollen aspectos del derecho social en situaciones concretas, lo cual a su vez permite que se amplíen las posibilidades de exigir judicialmente un derecho social, cuando este derecho social ha sido concretizado. Es a través de la jurisprudencia, producto de la actividad jurisdiccional, que se definen los alcances del derecho social en los casos concretos y lo que a su vez permite conocer a los sujetos las posibilidades reales del ejercicio del derecho social. Esto también sucede en casos de procesos de constitucionalidad de leyes, donde la exigibilidad judicial no se da respecto al caso concreto sino a situaciones de inconstitucionalidad, pero finalmente también referidos a una realidad constitucional determinada.⁹⁰⁸

⁹⁰⁸ Sobre la acciones de los Tribunales jurisdiccionales para desarrollar derechos sociales y aportar a la concreción de su contenido exigible tenemos los históricos ejemplos: *Bandhua Mukti Morcha vs. Union of India* de la Corte Suprema de la India del año 1984, donde la Corte Suprema interpretó extensivamente el derecho a la vida incluyendo una serie de derechos sociales, o más recientemente

Finalmente, debemos indicar cómo estos momentos constituyen dos momentos fundamentales del proceso jurisdiccional-garantista de los derechos sociales, sin los cuales no serían efectivos. Para esto hay que aclarar un tema previamente. La práctica de los Tribunales Constitucionales ha demostrado que no siempre se ha justiciabilizado derechos sociales a partir de mecanismos jurisdiccionales directos para su exigibilidad. Ejemplos de ello lo constituyen los Tribunales Constitucionales Español y Alemán, los cuales han justiciabilizado progresivamente derechos sociales a través, por ejemplo, de la eficacia jurídica-constitucional de la cláusula del Estado social⁹⁰⁹. Sin embargo, debemos reconocer que ha sido la falta de creación de estos mecanismos jurisdiccionales la gran razón por la que se ha sostenido que estos derechos no son judicialmente exigibles y, por ende, justiciables⁹¹⁰. Esta afirmación ha dificultado enormemente la actividad de

Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others de la Corte Constitucional de Sudáfrica del año 2000, donde se justiciabilizó directamente el derecho a la vivienda, desarrollando su contenido constitucionalmente protegido.

⁹⁰⁹ Respecto a la eficacia de la cláusula jurídica-constitucional del Estado social de Derecho para la garantía de los derechos constitucionales de contenido social en la actividad del Tribunal Constitucional Español, señala GONZÁLES: "(...) La profusión de contenidos materiales que se han constitucionalizado como exigencia del principio de la democracia económica, social y cultural, ha originado una insuficiencia de los mecanismos formales de defensa típicos del Estado liberal, previstos para garantizar una esfera de autonomía individual, y ha hecho patente la necesidad de una adaptación de las vías de protección de los derechos de contenido social al nuevo papel que el poder público está llamado a realizar en el Estado Social de Derecho, que es el Estado prestador de servicios. Esta actividad prestacional ha sido positivizada, en gran medida, a través de los principios rectores y determinaciones de fines del Estado. Esta técnica ha puesto de manifiesto graves carencias en la garantía de la efectividad de estos derechos, por lo que se ha cometido la tarea doctrinal y jurisprudencial de perfeccionar su sistema de garantías." (GONZÁLES, B., *El Estado Social...*, op.cit., p.214-215.). En el caso del Tribunal Constitucional Alemán, se observa que se justiciabiliza derechos sociales a través de la interpretación del art. 20 inc.1 de la Constitución Alemana que señala al Estado Alemán como un Estado Federal, democrático y social. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán señaló en la sentencia "Pensión de orfandad II" que: "Se presenta una violación a los principios constitucionales consagrados en el Art. 3, párrafo 1 y el Art. 20, párrafo 1 de la Ley Fundamental, cuando la asistencia de los discapacitados no cumple con los requisitos de la justicia social, ya sea porque el círculo de los destinatarios de una determinada prestación estatal se encuentra limitada de manera tal que genera una violación material, o que en el caso de considerar en su totalidad la protección social, uno de los grupos más importantes resulta perjudicado." (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, *BVerfGE 40, 121, 1975.*)

⁹¹⁰ El resultado de sostener esta afirmación ha sido que los jueces sistemáticamente rechazaran demandas por cumplimiento de estos derechos, en muchos casos refugiándose además en el argumento de que de esa manera, respetaban la separación de poderes y la democracia. Al respecto, sostiene GARGARELLA que: "Los jueces que utilizaron este argumento "democrático" para negar la justiciabilidad de los derechos sociales y por tanto "respetar la voluntad del legislador", no han sido cuidadosos en la transición hecha desde las premisas democráticas a las conclusiones de lo que ellos

los Tribunales para poderlos justiciabilizarlos, por lo que en principio y tímidamente, se justiciabilizó derechos sociales a través de los derechos civiles y políticos.

Actualmente, existen una serie de razones por las que se ha cambiado la forma de entender la exigibilidad judicial de los derechos sociales, razones que analizaremos a continuación. Por ahora, mencionaremos que la tendencia cada vez más creciente de las Constituciones de reconocer derechos sociales, así como el cambio de paradigma jurídico del positivismo hacia el neoconstitucionalismo y la evolución del DIDH nos han llevado a un contexto en el que cada vez más autores defienden que en todo sistema jurídico existe al menos un mecanismo de exigibilidad judicial de derechos sociales⁹¹¹.

En este contexto, merece la pena entonces detenerse en el segundo momento del proceso jurisdiccional- garantista, la justiciabilidad de los derechos sociales. Esto en razón de que en el paradigma neoconstitucional, el rol del juez constitucional ha evolucionado pues no sólo aplica sino que además interpreta el derecho social, dotando así a la norma jurídica- constitucional de un contenido exigible.

Dicho lo anterior, nos cabe argumentar la razón por la cual sostenemos que estos dos momentos son fundamentales en el proceso jurisdiccional- garantista del derecho social pero además para la construcción de un

debían hacer. Sin importar cuál concepto manejaran de democracia (incluso opuestos entre sí), los jueces tendieron a la misma conclusión: respetar la democracia requiere que los jueces no pongan en práctica los derechos sociales.” (GARGARELLA, R., “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?” en *Perfiles Latinoamericanos*, n° 28, México, FLACSO, julio-diciembre 2006, (pp.9-32) p.10 y ss.)

⁹¹¹ Entre estos autores están ABRAMOVICH y COURTIS (ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales...*, op.cit.), PISARELLO (PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías...*, op.cit.), ARANGO (ARANGO, R., *Los derechos sociales...*, op.cit.), LANGFORD (LANGFORD, M., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, p. 125-143.), COOMANS, (COOMANS,F., *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*, Antwerpen, Intersentia and Maastricht Centre for Human Rights, 2006), FABRE, (FABRE, C., *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Nueva York, Oxford University Press,2000.), entre otros.

sistema garantista efectivo de los derechos sociales fundamentales en el marco del Estado Constitucional de Derecho. Nuestro punto de partida es que- desde aquí- consideramos que un buen sistema jurisdiccional-garantista de derechos sociales no depende tanto de numerosos mecanismos jurisdiccionales para su garantía como de los procesos de justiciabilidad desarrollados por los Tribunales para tutelar estos derechos. Con esto no queremos decir que se prescindan de estos mecanismos. La cuestión está que debido a la naturaleza de estos derechos- como lo hemos analizados en el capítulo II de esta investigación- se requiere que sean desarrollados legalmente, por lo que en muchos casos deben ser integrados por los jueces, quienes le dan sentido y contextualizan el derecho en cada caso.

En efecto, la práctica ha demostrado que- en la realidad jurisdiccional- no se ha requerido de mecanismos jurisdiccionales específicos para la tutela de los derechos sociales, ha bastado con un par de mecanismos -p.e. el proceso de amparo o el proceso de inconstitucionalidad- para justiciabilizarlos. Sin embargo, ha sido la justiciabilidad la que sí se ha desarrollado más ingeniosamente a fin de crear mecanismos de justiciabilidad de los derechos sociales en los escasos procesos jurisdiccionales que permiten al sujeto acceder a la jurisdicción. Lo que si debemos admitir es que si no existiera ningún mecanismo que permitiera, de una u otra manera, la exigibilidad judicial de los derechos sociales, sería imposible la justiciabilidad de estos derechos. Y con esto volvemos a lo que sostuvimos líneas atrás, que constituyen dos momentos del proceso jurisdiccional-garantista de los derechos sociales.

Lo anterior significa que los tribunales jurisdiccionales no podrían actuar para la defensa y tutela de un derecho social si el afectado no pone en su conocimiento la situación de vulneración de este derecho. Y para activar el aparato jurisdiccional se requiere de creación de mecanismos jurídicos-procesales a fin de que el sujeto exija la garantía de su derecho social. Es

una condición *sine quanon* para el segundo momento. La justiciabilidad sólo puede darse en sistema jurídicos donde exista aunque sea un mecanismo jurisdiccional para la defensa de los derechos sociales, sea de forma directa o de forma indirecta.

Por otro lado, el segundo momento nutre al primer momento. He ahí la importancia de su análisis. El proceso de justiciabilidad de un derecho social tiene la virtud de contextualizar el derecho social en casos concretos, lo cual evidencia los límites y alcances del derecho social. Además, la jurisprudencia crea situaciones de seguridad jurídica, donde un justiciable conoce de antemano cual es la posibilidad de reconocimiento de su derecho social, cuando su caso se asemeja a un caso anteriormente justiciabilizado.

Finalmente, es a través del proceso de justiciabilidad que se integran las normas constitucionales y legales que dan contenido al derecho social, se contextualiza el derecho social en el marco del Estado social y constitucional del Derecho, se observan las posibilidades reales del ejercicio del derecho y sus límites respecto a otros derechos y exigencias constitucionales y- en el caso que dentro de las competencias del Tribunal se den- la posibilidad de interpretar los derechos sociales con efectos *erga omnes*.

Es por esta razón que en esta investigación nos centraremos en el segundo momento del proceso garantista-jurisdiccional del derecho social fundamental. Este análisis se contextualizará en los procesos de justiciabilidad desarrollados por el Tribunal Constitucional Peruano en sus sentencias en materia de derechos sociales. Pero antes, analizaremos la situación actual de la discusión en torno a la exigibilidad judicial de los derechos sociales.

5.3 Derechos sociales y exigibilidad judicial en el paradigma neoconstitucional

A continuación, analizaremos los argumentos en contra de la exigibilidad judicial de los derechos sociales esgrimidos desde el paradigma positivista del derecho y los refutaremos con argumentos propuestos a la luz del paradigma neoconstitucional, el cual es el que actualmente inspira al constitucionalismo latinoamericano. Para ello, se analizarán los cinco argumentos principales sobre los cuales consideramos que se ha construido la doctrina de los derechos sociales como derechos programáticos y no exigibles al Estado para- seguidamente- contra-argumentarlos a partir del paradigma neoconstitucional y su nueva visión del derecho.

Con esto pretendemos demostrar que los argumentos positivistas contrarios a la exigibilidad judicial de los derechos sociales han sido superados y que debe desarrollarse una nueva teoría acorde a las aspiraciones de la nueva ciencia del derecho. La pertinencia de realizar el análisis a partir de estos argumentos es que- desde el momento de la constitucionalización generalizada de los derechos sociales- han constituido las barreras más sólidas en contra de la construcción de un sistema garantista de los derechos sociales a nivel interno e internacional.

5.3.1 El neoconstitucionalismo como nueva teoría del Derecho

Con la aparición del Estado constitucional de Derecho como superación del Estado legalista surge el neoconstitucionalismo que- como lo dice su nombre- constituye una nueva forma de entender el Derecho a partir de la Constitución. Éste modifica los fundamentos jurídicos según los cuales se ha estado entendiendo el Derecho con el fin de adaptarlos a este nuevo modelo

de Estado. Consecuentemente, en el Estado Constitucional ya no se analizará el Derecho desde los clásicos postulados positivistas, sino que se requieren de nuevos postulados que garanticen la esencia del nuevo modelo estatal.⁹¹²

Esta nueva teoría jurídica se edifica sobre las bases del Estado Constitucional, el cual se caracteriza por contar con una Constitución de fuerte contenido normativo y con garantías jurisdiccionales para su resguardo. Se trata de “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría pero cuyo protagonismo principal no corresponde al legislador sino al juez”.⁹¹³ En efecto, esta Constitución, además de regular la organización política del Estado y las fuentes del Derecho, tiene eficacia normativa directa vinculada con una noción de Constitución abierta y dinámica, la cual debe garantizar las dos funciones primordiales del Estado constitucional: 1) la supremacía jurídica de la Constitución y 2) la protección de los derechos fundamentales⁹¹⁴. Tomando esto en cuenta, el carácter garantista de la Constitución supone que los preceptos constitucionales pueden hacerse valer a través de los procesos jurisdiccionales diseñado para tal fin.

Basándose en la doctrina autorizada del constitucionalismo contemporáneo, PIETRO SANCHÍS⁹¹⁵ resume los rasgos característicos que el paradigma neoconstitucionalista formula: a) la existencia de una Constitución normativa y principalista b) la ponderación como forma de aplicación de las normas y principios constitucionales c) la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas del Derecho d) la omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario y e) la coexistencia en la Constitución de valores

⁹¹² ARAGÓN, M., “La Constitución como paradigma”, en CARBONELL, M., (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2008, p.117.

⁹¹³ PIETRO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Madrid, Universidad autónoma de Madrid, 2001, Pp. 204.

⁹¹⁴ LANDA, C., *Derechos fundamentales ...*, op.cit., pp.7-8

⁹¹⁵ PIETRO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo...”, op.cit, pp. 201-228.

plurales en su mayoría contradictorios entre sí, en lugar de la homogeneidad ideológica.

Es en el seno del Estado Constitucional donde se ha desarrollado el Estado Social de Derecho. Aquí se dota a la Constitución de un contenido material donde se busca garantizar condiciones existenciales mínimas que hagan posible el ejercicio real de la libertad individual⁹¹⁶. El Estado social y constitucional de Derecho se identifica con los fines de su contenido social de forma que condiciona su actuación. En consecuencia, el neoconstitucionalismo como teoría jurídica debe construirse tomando en cuenta el carácter social del constitucionalismo contemporáneo.

Es a partir de este nuevo paradigma jurídico desde donde vamos a contraargumentar las posiciones positivistas en torno al debate sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales.

5.3.2 Cinco argumentos del positivismo contra la exigibilidad judicial de los derechos sociales vistos desde el paradigma neoconstitucional

3.3.2.1 El argumento que niega a los derechos sociales el carácter de derechos subjetivos además de considerarlos derechos de ejercicio colectivo

Afirma CRUZ PARCERO que muchas de las críticas y posiciones escépticas sobre los derechos sociales se apoyan en una concepción positivista desde la cual se concibe el concepto de derecho subjetivo. Sostiene que ésta, a su vez, parte de la concepción kelseniana que entiende los derechos subjetivos,

⁹¹⁶ GONZÁLES, B., *El Estado social*, op.cit., p. 26

en sentido estricto, como poderes que tiene el sujeto para exigirle al Estado el cumplimiento de un deber jurídico a otro sujeto. Para CRUZ, esta noción se centra en la idea de acción procesal por la cual no basta que un derecho esté reconocido en una ley; sino existe un remedio judicial para hacerlo valer ante un juez, no es en estricto un derecho. Además, señala el autor, la visión positivista del derecho subjetivo está estrechamente vinculada al origen liberal del concepto, pues sostiene que el derecho subjetivo surge en la modernidad, en la forma de derechos privados, referidos a los derechos de propiedad, de crédito y contractuales⁹¹⁷.

Esta posición aún es defendida por cierto sector del constitucionalismo contemporáneo. ATRIA sostiene que hablar de derechos sociales resulta una contradicción con la esencia misma del concepto de derecho subjetivo. Así, por la propia naturaleza de este concepto y de su característica principal, la exigibilidad, los derechos sociales no pueden ser concebidos como derechos subjetivos, pues escapan de la forma de protección judicialmente exigible que es propia de los derechos civiles y políticos. En este autor encontramos el punto de intersección entre la negación de los derechos sociales como derechos subjetivos y la consideración de estos derechos como derechos de ejercicio colectivo. Desde su planteamiento, si los derechos sociales son derechos que persiguen fines de una colectividad, entonces son de ejercicio colectivo. Por lo tanto, no pueden ser derechos subjetivos, precisamente porque en la naturaleza de estos últimos está la individualidad del sujeto⁹¹⁸.

Refutaremos en primer lugar el argumento de la titularidad colectiva de los derechos sociales, para luego centrarnos en el argumento que les niega el carácter de derechos subjetivos. Respecto a la primera de estas cuestiones, consideramos que hay una confusión en lo referente a la titularidad del

⁹¹⁷ CRUZ PARCERO, J., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

⁹¹⁸ ATRIA, F., “¿Existen derechos sociales?” en *Discusiones*, año 4, núm.4, Febrero del 2005, La Pampa: Universidad Nacional del Sur. Pp. 15-59.

derecho y a su ejercicio. Si nos referimos- por ejemplo- al derecho de huelga, es evidente que para su efectivo ejercicio se requiere de un colectivo de trabajadores inconformes con la empresa para que su reclamo sea escuchado. Pero esto no significa que la titularidad del derecho a huelga sea del colectivo, sino que el derecho se individualiza en cada uno de los trabajadores que participan en la huelga. En este sentido, bien afirma CONTRERAS PELÁEZ que “sólo en sentido metafórico puede hablarse de las necesidades de un pueblo, de un país o de una clase: “El hambre en Somalia” se resuelve en siete millones de (espantosas) hambres individuales”⁹¹⁹.

Por otra parte, no sólo los derechos sociales requieren para su efectividad de mecanismos de ejercicio colectivo. Por ejemplo, podemos observar que si un grupo de manifestantes se reúne para protestar en contra de una ley que limita el acceso a la información de las actividades de la administración pública, están ejerciendo su derecho a la libertad de expresión con mecanismos colectivos, sólo así podría ser plenamente efectivo el ejercicio de su derecho individual.

Pero la problemática se centra definitivamente, en la consideración de los derechos sociales como derechos subjetivos. Afirma GARCÍA DE ENTERRÍA que el derecho subjetivo consiste en la posibilidad atribuida al individuo de poner en movimiento una norma jurídica en su propio interés⁹²⁰. Partiendo de este concepto, TORRES DEL MORRAL señala que es el interés el elemento sustancial del derecho. Su elemento formal lo constituye la protección que le dispensa el ordenamiento jurídico. Si se afirma, además, que estos derechos son públicos, “entonces se pone en relieve que vinculan a los poderes

⁹¹⁹ CONTRERAS PELÁEZ, J., *Derechos sociales: Teoría e Ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 31.

⁹²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Sobre los derechos públicos subjetivos” en *Revista española de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1975, pp. 427-446.

públicos, que son ejercitables ante el poder judicial y que tienen eficacia inmediata sin necesidad de previo desarrollo legislativo”⁹²¹.

Como correspondía al modelo del Estado liberal, este interés jurídicamente protegido consistía en la abstención de toda actuación que interfiriera en la esfera de libertad del individuo. Consecuentemente, los autores que niegan a los derechos sociales la categoría de derechos subjetivos estiman que esta categoría es insuficiente en el Estado Social, por la razón que los derechos sociales exigen una actuación estatal de promoción y de prestación.

Desde la perspectiva neoconstitucional, los derechos sociales sí pueden ser considerados derechos subjetivos, pero el concepto de derecho subjetivo tendría que ser entendido de una manera distinta, es decir, desde una perspectiva “evolucionada” del concepto. Esta idea es propuesta por Rodolfo ARANGO quien, partiendo de la teoría de los derechos fundamentales de Robert ALEXY⁹²², defiende la tesis de que los derechos sociales como derechos subjetivos deber ser entendidos en sentido estricto como “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”⁹²³.

Su concepto evolucionado de derecho subjetivo alberga a los derechos sociales fundamentales a partir de tres supuestos: 1) El título de adquisición de los derechos sociales fundamentales no es el texto constitucional en sí, sino las normas adscritas de derecho fundamental mediante una argumentación jurídica correcta a partir de una Constitución democrática 2) Del hecho de que los derechos positivos generales se infieran de derechos constitucionales implícitos, no se deduce de plano que los derechos sociales fundamentales puedan considerarse derechos subjetivos, pues los deberes

⁹²¹ TORRES DEL MORRAL, A., “Naturaleza de los derechos constitucionales” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Universidad Católica, 1997, pp. 150.

⁹²² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁹²³ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, p. 8-9

constitucionales no son suficientes para dar lugar sin más a derechos 3) Los derechos sociales fundamentales pueden subsumirse en la categoría de derechos subjetivos bastándole al sujeto fundamentar una posición jurídico-constitucional que se da en el caso del reconocimiento y aseguramiento de derechos sociales fundamentales específicos, a partir de lo que es posible concebir la existencia humana como vida digna y con auto respeto al interior del Estado Social y Democrático de Derecho⁹²⁴.

En este sentido, los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos con un alto grado de importancia por su fundamentalidad⁹²⁵. Su carácter positivo general radica en el derecho de una persona a un estado fáctico de cosas que han de ser garantizadas por el Estado, constituyéndose así como derechos fundamentales en pleno sentido⁹²⁶. Para este autor, la exigibilidad judicial de los derechos sociales “puede ser justificada a partir de un concepto evolucionado de los derechos subjetivos [el cual] exige comprender el funcionamiento de la interpretación constitucional y del ejercicio de los derechos en la práctica, de manera que sea posible reconstruir las condiciones formales y materiales necesarias para el reconocimiento judicial de los derechos sociales fundamentales”.⁹²⁷

En definitiva, la propuesta de ARANGO actualiza el concepto de derecho subjetivo al adaptarlo a los nuevos tiempos y a las exigencias del nuevo constitucionalismo social. En este contexto, los derechos sociales como derechos subjetivos deben definirse en cada caso concreto, a partir de la interpretación constitucional que los jueces desarrollen para la aplicación del derecho al hecho y dependiendo de ciertos factores que evidencien una posición jurídica-constitucional del individuo y la exigencia de tutela jurisdiccional.

⁹²⁴ *Ídem*, p.119-215

⁹²⁵ *Ídem*, p.37

⁹²⁶ *Ídem*, p.342

⁹²⁷ *Ídem*, p. 186.

También en la jurisprudencia constitucional comparada se han reconocidos derechos sociales fundamentales a partir de su interpretación como derechos subjetivos. Estos son los casos de la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-406 de 1992⁹²⁸ y del Tribunal Constitucional Peruano en las sentencias STC 2945-2003-AA y STC 4232-2004-AA⁹²⁹.

5.3.2.2 El argumento que niega a los derechos sociales el carácter de derechos positivos

Este argumento está estrechamente vinculado al anterior. Aunque en muchos estudios sobre el tema se ha analizado el derecho subjetivo a partir de su consideración como derecho positivo, resulta evidente que en este

⁹²⁸ En la mencionada sentencia, la Corte Constitucional Colombiana aplicó lo expresado por Arango para reconocer derechos subjetivos en las normas sobre derechos económicos, sociales y culturales: "Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una "textura abierta", como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales. Ahora bien, la eficacia directa no se reduce a los derechos de aplicación inmediata o a los derechos humanos de la llamada primera generación. En algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser objeto de protección especial por medio de la tutela; tal es el caso del artículo 50 sobre los derechos de los niños; los derechos consagrados en el inciso segundo del artículo 53 sobre principios mínimos fundamentales de los trabajadores; el derecho establecido en el artículo 73 sobre obtención de información contenida en documentos públicos. Igualmente pueden ser objeto de tutela casos en los cuales el juez considere que una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, o la falta de ella, ponga en entredicho de manera directa y evidente un principio constitucional o uno o varios derechos fundamentales, de tal manera que, a partir de una interpretación global, el caso sub iudice resulte directamente protegido por la Constitución. Es importante tener en cuenta que la eficacia de las normas constitucionales no se puede determinar en abstracto; ella varía según las circunstancias propias de los hechos: una norma de aplicación inmediata (art. 85) puede tener mayor o menor eficacia dependiendo del caso en cuestión; lo mismo un valor o un principio. El juez debe encontrar, en la relación hecho-norma la decisión más razonable, no sólo desde el punto de vista jurídico sino también desde el punto de vista fáctico. De acuerdo con esto, la enumeración del artículo 85 no debe ser entendida como un criterio taxativo y excluyente. En este sentido es acertado el enfoque del artículo segundo del decreto 2591 de 1991 cuando une el carácter de tutelable de un derecho a su naturaleza de derecho fundamental y no a su ubicación". (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-406-92 del 5 de junio de 1992, Fj. 15. Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>.)

⁹²⁹ Estas sentencias serán analizadas con detenimiento en la última parte de esta tesis.

estudio ambos conceptos se toman como unidades de análisis distintas, aunque relacionadas.

En el paradigma positivista, los enunciados jurídicos de derechos relativos a una persona o un grupo de personas son siempre reducibles a enunciados de deberes de otro u otros sujetos. Es decir, derechos y deberes son correlativos⁹³⁰. Desde esta perspectiva, los derechos sociales han sido considerados como normas jurídicas indeterminadas y por lo tanto, sin deberes definidos. La consecuencia obligada de este razonamiento sería que sin deber correlativo, no existe derecho.

Así, HAYEK considera que los derechos sociales no tienen claro al sujeto pasivo de esta relación jurídico-obligacional, razón por la cual esta categoría carece de carácter de derechos y no son más que simples aspiraciones o fines programáticos del Estado. Por lo tanto, no resultan exigibles⁹³¹. También FORSTHOFF ha negado que los derechos sociales generen deberes concretos y ha defendido la idea que los derechos sociales sólo cumplen una función política de fuente de inspiración del contenido de las leyes, además de facultar al legislador para limitar los derechos de libertad⁹³².

Desde siempre, la negación del carácter de derecho positivo a los derechos sociales ha estado relacionada a la estructura del derecho social, específicamente a la naturaleza de la obligación jurídica. Al respecto, señala PISARELLO que la doctrina clásica resalta que el elemento diferenciador de los derechos liberales con respecto a los sociales es la naturaleza de las obligaciones, que en el caso de los primeros se trataría de obligaciones negativas o de abstención; y en el caso de los segundos se tratarían de

⁹³⁰ AGUILÓ, J., “Positivismo y Post-positivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, Alicante, Universidad de Alicante, 2007, pp. 665-675.

⁹³¹ HAYEK, F., *Derecho, legislación y libertad. El Espejismo de la justicia social*, vol.2, cap.9, Madrid, Unión Editorial, 1979.

⁹³² FORSTHOFF, E., *El Estado en la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

obligaciones positivas o de acción. En consecuencia, sólo serían jurídicamente exigibles los derechos individuales que son los que exigen abstenciones por parte del Estado⁹³³.

Esta visión cambia drásticamente si observamos el problema desde el paradigma neoconstitucional. Señala AGUILÓ que en términos meramente regulativos es cierto que los enunciados de derechos son traducibles a enunciados de deberes. Sin embargo, en términos justificativos la correlación entre derechos y deberes se pierde y, por lo tanto, la traducción de los enunciados de derechos a enunciados de deberes invirtiendo los sujetos sí supone una pérdida de significación⁹³⁴. En este sentido, “el reconocimiento de derechos justifica la imposición de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos”⁹³⁵.

Desde esta perspectiva, los derechos sociales son derechos positivos pues toda persona es efectivamente titular de estos derechos reconocidos constitucionalmente, independientemente de que el Estado haya creado o no mecanismos para su exigibilidad ni haya concretado al sujeto obligado de la relación⁹³⁶. Es decir, como lo expresa PIETRO SANCHÍS, el hecho de que los derechos sociales sean indeterminados “no representa ninguna dificultad a su carácter vinculante”.⁹³⁷

Además, la clásica distinción entre derechos basado en la naturaleza de sus obligaciones ha perdido vigencia. La discusión doctrinal actual está centrada en el análisis del *continuum* de obligaciones que supone cada derecho en sus manifestaciones, en la que cada derecho fundamental- sea individual o social- está compuesto tanto por obligaciones negativas o de abstención

⁹³³ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007, p.59

⁹³⁴ AGUILÓ, J., “Positivism y Post-positivism. ...”, op.cit., pp. 665-675.

⁹³⁵ *Íbidem*, p. 671.

⁹³⁶ Sobre esto, ver: CRUZ PARCERO, J., “Derechos sociales: Clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual” en Octavio Cantón y Santiago Corcuera (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*. Ensayos y materiales, México, Porrúa, 2004, Pp. 3-14

⁹³⁷ PIETRO SANCHÍS, L., *Ley, Principios, Derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 98.

como por obligaciones positivas o de hacer⁹³⁸. En este sentido, la estructura de los derechos fundamentales, en general, consiste en un “espectro de obligaciones”. Es decir, las manifestaciones de estos derechos pueden contener obligaciones que son- en un extremo- obligaciones negativas, que consisten en abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y- en el otro extremo- obligaciones positivas, que consisten en realizar ciertas funciones a efectos de garantizar el desarrollo de la personalidad del ser humano.⁹³⁹ Por esto, ABARMOVICH y COURTIS sostienen que las diferencias entre los derechos individuales y los derechos sociales son diferencias de grado más que diferencias sustanciales⁹⁴⁰.

Resulta evidente que la faceta más visible de los derechos sociales es la de contener obligaciones positivas, motivo por el que son conocidos como derechos-prestación. Sin embargo, podemos observar que ciertas manifestaciones de estos derechos contienen en su seno obligaciones de no hacer. Un ejemplo de esto lo encontramos en el derecho a la salud, en su manifestación de derecho- libertad, la cual exige la obligación por parte del Estado de no dañar la salud de sus ciudadanos. De esta forma, muchas de las acciones legales tendentes a la aplicación judicial de los derechos sociales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando ésta incumple con obligaciones de no hacer.

En definitiva, los derechos sociales están compuestos por un espectro de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque las

⁹³⁸ De esta posición son Gerardo Pisarello, Víctor Abramovich, Christian Courtis y Magdalena Sepúlveda. Estas ideas son expuestas en: PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit., p. 76 y 77; ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002; SEPÚLVEDA, M., “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los Pactos de las Naciones Unidas” en CANTÓN, O. y CORCUERA, S., *Derechos económicos...*, op.cit., p.109-148.

⁹³⁹ SEPÚLVEDA, M., “La justiciabilidad...”, op.cit., 145-146.

⁹⁴⁰ ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Derechos sociales...*, op.cit., P. 24. Los autores parten de la idea de Contreras Peláez, quien afirma que :: “no existen, en resumen, obligaciones “negativas” puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos”. (CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21)

obligaciones positivas sean su faceta más visible y característica. Esta idea no se ha quedado sólo en el ámbito académico- doctrinal. También ha sido defendida en la jurisprudencia constitucional comparada como el caso de la sentencia T-595 del 2004 de la Corte Constitucional Colombiana⁹⁴¹ y de la sentencia STC 2945-2003-AA del Tribunal Constitucional Peruano⁹⁴².

5.3.2.3 Los derechos sociales requieren de la disponibilidad de recursos económicos para su realización

Este argumento defiende la idea de que los derechos sociales- a diferencia de los individuales- requieren para su realización del desembolso de

⁹⁴¹ Sobre el espectro de obligaciones que componen cada uno de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional Colombiana ha expresado: “El carácter prestacional de las libertades surge de la dimensión positiva de éstas. Tradicionalmente la doctrina identificaba las libertades básicas con derechos negativos o de abstención. El Estado sólo estaba obligado a no impedir el goce y ejercicio de las libertades de la persona, sin que fuera concebible hablar de una dimensión prestacional de las libertades. No obstante, actualmente se reconoce que incluso las libertades más clásicas como el derecho a la libre locomoción o a la libre expresión presuponen prestaciones materiales que hacen posible su ejercicio. En la sociedades modernas, donde el uso de la libertad individual depende de acciones y prestaciones públicas – servicio público de transporte, de telecomunicaciones, de salud, etc – y donde la seguridad personal cuesta, no es posible sostener la tesis del carácter negativo de las libertades básicas. Por el contrario, la infraestructura necesaria para hacer posible el ejercicio de las libertades fundamentales, los derechos de defensa y debido proceso o los derechos políticos, requiere de grandes erogaciones económicas y de la actuación permanente y coordinada por parte del Estado. La fuerza pública, la administración de justicia y la organización electoral, aunque parezcan obvias en un Estado de derecho, constituyen la dimensión prestacional de las libertades básicas. No sobre advertir, sin embargo, que la dimensión positiva de los derechos y libertades no siempre supone su carácter progresivo. La gradualidad de la prestación positiva de un derecho no impide que se reclame su protección por vía judicial cuando la omisión en el cumplimiento de las obligaciones correlativas mínimas coloca al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño injustificado. Por ejemplo, se vulnera el derecho a la libertad de locomoción de la persona que requiere de un tratamiento médico vital al que sólo puede acceder con el transporte público, cuando no se le garantiza inmediatamente el acceso al mismo de forma que se evite el daño grave e inminente que puede sufrir en caso de no recibir la atención requerida. La urgencia de la situación en la que se encuentra la persona activa la exigibilidad judicial del derecho respecto de la prestación cuyo cumplimiento es necesario para evitar un perjuicio irremediable. El criterio de la urgencia torna objetiva y judicialmente reconocible la necesidad de ejecutar de forma inmediata la prestación que, de otra forma, permanece dentro de la esfera decisoria del obligado en los términos anteriormente señalados en este providencia. (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T- 595/02 del 1 de agosto del 2002, fj.5. Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-595-02.htm>

⁹⁴² Esta sentencia será analizada con detenimiento en la última parte de esta tesis.

recursos económicos y que no se puede exigir al Estado la satisfacción de derechos excesivamente onerosos si no dispone de los recursos para ello. Esta es la razón por la cual son consideradas normas programáticas, pues su satisfacción requiere- en gran medida- de una situación económica favorable. Como la situación económica de un Estado no es algo que pueda preverse con facilidad, entonces los derechos sociales -en situación de crisis- pueden no ser satisfechos. Esto a diferencia de los derechos individuales, que poseen garantías jurisdiccionales que se ponen en marcha en caso de vulneración.

Afirma PISARELLO que, desde su origen, los derechos sociales fueron considerados derechos prestacionales y caros y esto ha sido un factor determinante a la hora de justificar su protección debilitada⁹⁴³. Es indiscutible que para el positivismo jurídico, los derechos sociales pueden ser relativizados y tendrían una eficacia jurídica debilitada por depender de la economía estatal en cada momento histórico, mientras que los derechos individuales siempre tendrán que ser respetados⁹⁴⁴.

Desde la perspectiva neoconstitucional, el argumento de la disponibilidad económica no es aceptable si tenemos en cuenta que, en este paradigma, todos los derechos fundamentales, tanto los individuales como los sociales, poseen obligaciones multidimensionales de las cuales, algunas exigen de inversión estatal. Ya Stephen HOLMES y Cass SUSTEIN demostraron empíricamente, desde la realidad jurídica-económica norteamericana, que todos los derechos fundamentales requieren de desembolsos económicos para su adecuada realización. Sostienen estos autores que los argumentos respecto a la imposibilidad de exigir judicialmente derechos sociales por sus

⁹⁴³ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit., p. 60.

⁹⁴⁴ BUSTOS, R., "Derechos sociales: Desmontando prejuicios" en FIGUEROA, A., *Los derechos humanos en los umbrales del Siglo XXI*, México: IJ-UNAM, 2012, pp. 135-159.

elevados costos están motivados por prejuicios ideológicos que no corresponden a la realidad⁹⁴⁵.

Si retomamos la idea de que entre derechos liberales y derechos sociales existen sólo diferencias de grado, podremos deducir que en general, todos los derechos fundamentales generan costos al Estado, aunque en mayor o menor medida. Al respecto, PISARELLO afirma que no son pocos los supuestos en que los derechos civiles y políticos se conciben como derechos positivos generadores de costosas obligaciones de hacer. Este autor pone de ejemplo el derecho a la libertad de expresión que no puede reducirse a la simple prohibición de censura, sino que aparte se debe garantizar y proteger su ejercicio habilitando plazas públicas, subvención de publicaciones, capacitación de las fuerzas del orden en el respeto de los derechos de los manifestantes, etc. En efecto, todos los derechos civiles y políticos entrañan, al igual que los derechos sociales, una dimensión distributiva⁹⁴⁶. En todo caso, “lo que está en juego, por lo tanto, no es cómo garantizar los derechos más caros, sino decidir cómo y con qué prioridades se asignan los recursos que la satisfacción de todos los derechos exige.”⁹⁴⁷

Por otra parte, el hecho de considerar los derechos sociales como derechos prestacionales que requieren de recursos del Estado y por lo tanto dependen de su disponibilidad económica, no significa que el legislador tenga total discrecionalidad en asignar los recursos para las políticas públicas destinadas a satisfacer derechos sociales, ni que se justifique su inacción para legislar en la materia.

En efecto, tanto la jurisprudencia nacional como internacional han recalcado que el reconocimiento de los derechos sociales a nivel constitucional genera

⁹⁴⁵ HOLMES, S y SUSTEIN, C., *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*, New York: W.W. Norton, 1999.

⁹⁴⁶ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit., p. 60

⁹⁴⁷ *Ídem*, p. 61.

la obligación inmediata de desarrollarlos progresivamente con la consecuente prohibición de regresión, por lo cual su no-desarrollo tendría que estar justificado por la situación económica del Estado, siempre y cuando sea evidente que el Estado ha tomado algunas acciones tendentes a desarrollar los derechos sociales⁹⁴⁸. Esta exigencia cobra mayor importancia en el actual escenario político latinoamericano donde la historia reciente evidencia como “[...] surgen y se difunden los fenómenos conocidos como corrupción que, por su extensión e importancia, distan de representar una anécdota de ilegalidad para constituir un nuevo fenómeno macroscópico de degradación criminal del poder”.⁹⁴⁹

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional Peruano ha manifestado la importancia de evaluar la progresividad de los derechos sociales ante la inacción y desidia del Poder Político en la asignación de recursos para hacerlos efectivos. En la sentencia STC 2016-2004-AA sostuvo que:

“El principio de progresividad de los derechos sociales no puede ser entendido con carácter indeterminado y servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas[...]. En efecto, si bien es cierto que en países en desarrollo, como los nuestros, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, esto sólo se justifica cuando se observan acciones concretas del Estado para el logro de los fines sociales. De lo contrario, esta falta de atención de los derechos genera situaciones de inconstitucionalidad por omisión”⁹⁵⁰.

⁹⁴⁸ COURTIS, C., *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Ed. Fontamara, 2009.

⁹⁴⁹ IBÁÑEZ, P., “Democracia con jueces” en MALEM, J., y otros (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, P. 248

⁹⁵⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 2016-2004-AA-TC del 5 de octubre del 2004, FJ. 35-38

En conclusión, es importante admitir que la tutela y garantía efectiva de los derechos fundamentales está directamente relacionada con la situación económica de cada Estado. Y es común observar que, en casos de crisis económica, los primeros derechos en ser recortados son los derechos sociales ya garantizados. Es comprensible que debido a limitaciones presupuestarias en una sociedad democrática se pueda priorizar la realización de unos derechos sobre otros. Sin embargo, esta decisión debe ser justificada y señalada claramente y no afirmarse que unos derechos pueden exigirse a los poderes públicos porque requieren simplemente de una abstención, mientras otros derechos deben quedar al arbitrio del legislador ya que implican acciones estatales positivas. Finalmente, lo importante es reflexionar hasta qué punto este argumento está fundamentado en posiciones científica-jurídicas y no en posiciones ideológicas.

5.3.2.4 El legislador goza de libre discrecionalidad en el desarrollo de los derechos sociales

Este argumento sostiene que la intervención judicial en materia de derechos sociales afectaría la discrecionalidad del legislador como poder legitimado a través de la voluntad soberana y significaría la adjudicación por parte del juez de funciones que no le corresponden. Esta posición ha sido defendida por FORSTHOFF y posteriormente también por BÖCKENFORDE. Estos autores coinciden en que los derechos sociales, por ser derechos inconcretos, requieren de su desarrollo por parte del legislador.

Para FORTSHOFF, ésta es la razón por la cual los derechos sociales no se pueden captar en una norma abstracta susceptible de interpretación⁹⁵¹. A su vez, BÖCKENFORDE afirma que si se encomendara al juez la aplicación inmediata de derechos fundamentales sociales mediante la concesión de pretensiones jurídicas concretas y reclamables, debería desempeñar al mismo tiempo el papel del legislador y del administrador⁹⁵².

Asumir que los derechos sociales son derechos de configuración legal, en el paradigma positivista, implica dos cosas: 1) que con independencia del reconocimiento constitucional, su exigibilidad depende de su desarrollo por parte del legislador⁹⁵³ y 2) que el legislador, en base a su legitimidad democrática, goza de amplia discrecionalidad para proceder o no con el desarrollo legislativo del derecho social⁹⁵⁴. Como los derechos sociales son “programas”, deben ser desarrollados legislativamente, para lo cual el legislador requiere de amplia discrecionalidad en los asuntos que le competen, como el caso de diseños de políticas públicas en materia de derechos sociales. Sin embargo, si analizamos la función legislativa en materia de derechos sociales desde la óptica neoconstitucionalista, el escenario cambia.

En el paradigma neoconstitucional, no se niega que los derechos sociales requieran de desarrollo legislativo para ser efectivos. Sin embargo, esto no quiere decir que su solo reconocimiento constitucional no imponga límites

⁹⁵¹ FORSTHOFF, E., “Concepto y esencia del Estado social de Derecho” en ABENDROTH, FORSTHOFF y DOERING, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 86- 110.

⁹⁵² BÖCKENFORDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden- Baden, Nomos, 1993, pp. 77- 78

⁹⁵³ COSSÍO, J.R., *Dogmática Constitucional y régimen autoritario*, México, Ed. Fontamara, 2000. El argumento de que los derechos sociales son de configuración legal se ha constituido como uno de los grandes impedimentos esgrimidos desde la doctrina para la efectividad de los derechos sociales fundamentales. Sobre este tema ver: GARCÍA, A. “La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales”, en PISARELLO, G., y GARCÍA, A., *Los derechos sociales como derechos*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

⁹⁵⁴ FERRAJOLI, L., “Estado social y Estado de Derecho” en ABRAMOVICH, V., y otros (comp.), *Derechos sociales: Instrucciones de uso*, México, Ed. Fontamara, 2003.

infranqueables al legislador ni que no gocen de cierta dimensión de exigibilidad judicial. La Constitución- como fuente jurídica directamente aplicable- establece estos derechos y los dota de una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata pues “[...] preserva a los derechos fundamentales de su alteración o vulneración por normas constitucionales e infraconstitucionales y los hace indisponibles para el legislador”⁹⁵⁵. Además, desde una perspectiva amplia, todos los derechos fundamentales son derechos de configuración legal pues exigen- en mayor o menor medida- del desarrollo legislativo de sus contenidos.

Al respecto PISARELLO afirma que “[...] su plena eficacia (la de los derechos fundamentales) resultaría impensable sin una activa intervención legislativa”⁹⁵⁶. Sostiene el autor que la ley es una fuente privilegiada de producción jurídica en los ordenamientos modernos y constituye una garantía primaria para la satisfacción de cualquier derecho. En este sentido, “todos los derechos fundamentales exigen concreciones legislativas de diferentes alcances”⁹⁵⁷. El desarrollo legislativo del derecho determinará su grado de exigibilidad judicial. La mayor o menor regulación legal reforzará o debilitará las posibilidades de exigibilidad judicial del derecho individual o social. Pero “esto no impide reconocer que todos ellos tienen un contenido constitucional mínimo, indisponible y susceptible de algún tipo de tutela jurisdiccional incluso en el caso de inexistencia de desarrollo legal”⁹⁵⁸. La idea de fondo es que sin el respeto de ese contenido mínimo esencial, ya sea limitándolo o sobreinterpretándolo, el derecho quedaría desnaturalizado y la dignidad de sus destinatarios menoscabada⁹⁵⁹.

⁹⁵⁵ BASTIDA, J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos” en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, México, Ed. Fontamara, 2010, Pp.149.

⁹⁵⁶ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit., p. 83

⁹⁵⁷ *Ídem*, p.84

⁹⁵⁸ *Ídem*, p.84

⁹⁵⁹ ESPEJO, N., “Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad” en ARCIDIÁCOMO, Pilar y otros(coord.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo de Hombre, 2010, pp. 155-194.

Ahora bien, la cuestión que quedaría por resolver es la forma como se determina el contenido mínimo esencial de un derecho social. Defendemos la idea de que este contenido mínimo esencial sólo puede determinarse en el momento de la aplicación concreta del derecho. Los elementos del derecho social no se pueden observar en abstracto, sino que requieren ser contextualizados, adoptando los elementos de cada caso concreto. Además, exige una constante revisión histórica. Es aquí donde juega un papel fundamental la interrelación entre la función de juzgar y la de legislar. Si bien la frontera entre el núcleo duro y lo accidental del derecho social no será siempre clara y deberá concretizarse a partir de su contextualización, una vez determinado el contenido esencial del derecho, este constituirá una barrera insoslayable que obliga a un permanente trazado de límites entre la función de los jueces y la de los legisladores. La limitación de funciones “supone una división de tareas conflictivas y no resueltas de antemano, la que los jueces deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión⁹⁶⁰”.

La incidencia tanto del legislador como del juez en el desarrollo de mecanismos de protección de los derechos sociales es, actualmente, uno de los puntos más debatidos por la doctrina constitucional⁹⁶¹. La cuestión radica en la supuesta usurpación de funciones legislativas por parte del juez al momento de interpretar el contenido del derecho social. Este argumento señala que los tribunales jurisdiccionales no deberían intervenir en la protección de derechos sociales a menos que existan normas desarrolladas por parte del legislador. Coincidimos en esta discusión con Rodolfo ARANGO quien señala que los derechos sociales fundamentales “hacen parte de los *constitutional essentials* que el juez está llamado a reconocer y

⁹⁶⁰ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit., p. 85

⁹⁶¹ MICHELMAN, T., “The Constitution, Social rights and Liberal justification” en *International Journal of Constitutional Law*, vol.1, n°1, Oxford, Oxford University Press and New York University School of Law, 2003, pp.13-34.

proteger frente al poder de las mayorías⁹⁶². Esto es congruente con el nuevo rol del juez en el constitucionalismo contemporáneo. En este contexto, “resulta aberrante que pueda ponerse en duda la legitimidad del juez para actuar, y más aún que esto se haga en nombre de la democracia”⁹⁶³.

Por otro lado, el juez debe delimitar sus acciones al análisis de las cuestiones jurídicas-constitucionales y no pretender decidir en asuntos que exceden de sus competencias. Cuando existe un exceso de activismo judicial- en el que el juez no vislumbra la delgada línea entre decidir sobre el contenido del derecho social y decidir sobre las formas de intervención o dictar medidas que afectan las funciones constitucionales del Legislativo o del Ejecutivo- se desvirtúa la función judicial y se justifica la crítica en torno a la falta de legitimidad de la actuación del juez y su intromisión en asuntos para los cuales no es competente. En este caso existe un temor a que se “judicialicen” en exceso las políticas sociales, temiendo en realidad un “gobierno de jueces” en la determinación del presupuesto del Estado o en el diseño de políticas públicas⁹⁶⁴.

Reconocer los peligros que un exceso de judicialización puede ocasionar no cambia en esencia el rol que juega el juez en la protección de los derechos sociales en el paradigma neoconstitucional. Mientras el juez esté determinado en su actuación por la Constitución y sus normas, su función jurisdiccional es fundamental para la garantía de los derechos sociales. Sobre todo en los casos en que las garantías políticas-institucionales han fallado o en los casos en los que- de plano- no se ha legislado al respecto.

⁹⁶² ARANGO, R., “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, en *Revista de Derecho Público*, No. 12, Junio 2001, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, pp. 198.

⁹⁶³ IBÁÑEZ, P., “Democracia con jueces” en MALEM, J., y otros (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 250.

⁹⁶⁴ TROPER, M., “Existe-t-il un concept de gouvernement des juges?” En BRONDEL, S., FOULQUIER, N., y HEUSCHLING, L., *Gouvernement des juges et Democratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp.21-62.

Además, el desarrollo jurisprudencial de los derechos sociales- en cuanto a su contenido y a las fórmulas posibles para hacerlo efectivo- puede dar luces y orientar al legislador respecto a las dimensiones del problema social, la necesidad y los alcances de protección del derecho. Como afirma DE LIMA LÓPES: “el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas”⁹⁶⁵.

Por otro lado, la intervención judicial también resulta útil para el análisis de la efectividad de las políticas sociales en materia de derechos sociales. Este es el caso de la T-025 del 2004 de la Corte Constitucional Colombiana, donde se dictó una macrosentencia que evidenció que las fallas estructurales de las políticas públicas del Estado colombiano habían contribuido a la violación masiva y reiterada de los derechos humanos (entre ellos los derechos sociales) de la población desplazada por la violencia en Colombia⁹⁶⁶.

Otro efecto positivo de la intervención judicial en la revisión de políticas sociales es que evidencia públicamente sus fallas y permite su debate por parte de la ciudadanía. Como sostiene GARGARELLA, la revisión judicial puede ser “un instrumento crucial para enriquecer la deliberación pública respecto de los derechos sociales y puede ser especialmente relevante, dada la íntima relación que existe entre derechos sociales y participación política.”⁹⁶⁷

⁹⁶⁵ DE LIMA, R., “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de direito” en FARIA, J. (Ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Sao Paulo, Malheiros, 1994, pp. 118.

⁹⁶⁶ RODRIGUEZ, C. y RODRIGUEZ, D., “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia” en Pilar Arcidiácono y otros (coord.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2010. También sobre la situación de los derechos fundamentales de la población desplazada por la violencia en Colombia, puede verse un excelente análisis que vincula la visión constitucional y la internacional del problema en ABRISKETA, J., “La población internamente desplazada en Colombia: Claves para interpretar la regulación internacional” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n°18, Diciembre 2009, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, pp. 1-28.

⁹⁶⁷ GARGARELLA, R., “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?” En *Perfiles latinoamericanos* (en línea), num.28, Jul-Dic. 2006, México, pp. 22. Consultado el 10 de setiembre del 2013 en <http://www.redalyc.org/pdf/115/11502801.pdf>.

Finalmente, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha desarrollado, a partir de su análisis de las obligaciones del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, las obligaciones estatales mínimas en la materia. Ha señalado que la obligación de adoptar medidas, la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos y la obligación de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad resultan vinculantes y de cumplimiento inmediato para los Estados.⁹⁶⁸Evidentemente, estas obligaciones constituyen un mínimo que el legislador debe respetar y garantizar. Su discrecionalidad en referencia al desarrollo de los derechos sociales queda condicionada al cumplimiento de estas obligaciones internacionales y al contenido mínimo del derecho social.

5.3.2.5 La inexistencia de garantías jurisdiccionales para la efectividad de los derechos sociales

Finalmente, todos los argumentos derivan en ésta tesis central de la posición que defiende la inexigibilidad judicial de los derechos sociales: no son exigibles pues no existen garantías jurisdiccionales diseñadas para tal efecto. El escaso desarrollo de un sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos sociales tiene su razón en la perspectiva programática del primer constitucionalismo social y en la enunciación de estos derechos en los tratados internacionales sobre la materia, donde se evidencia la tendencia positivista-liberal del sistema de derechos humanos en los que surgieron los derechos sociales durante el constitucionalismo de la posguerra. En este contexto, las acciones judiciales tipificadas por los ordenamientos jurídicos

⁹⁶⁸ ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales...*, op.cit.

fueron pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos⁹⁶⁹.

Desde la óptica neoconstitucional, éste no es un argumento sólido para defender la idea que los derechos sociales no pueden ser exigibles judicialmente. En principio, como sostiene PISARELLO, porque entendidos los derechos sociales como derechos fundamentales, su sola consagración constitucional “obliga a los operadores jurídicos a maximizar, bien por vía interpretativa, bien por medio de reformas, los mecanismos que permitan su protección”⁹⁷⁰. En este sentido, la ausencia de garantías jurisdiccionales entraña el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte de los operadores jurídicos, del mandato implícito de actuación contenido en dicha norma. Entendido así, “no es el derecho el que queda degradado, sino el poder el que incurre en una actuación desviada o en una omisión que lo deslegitima”⁹⁷¹.

En la misma línea de pensamiento, FERRAJOLI afirma que “la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”⁹⁷². Y esto porque, en el paradigma neoconstitucional, las garantías no se confunden con la estructura de los derechos, sino que se vinculan estrechamente a la efectividad o concreción fáctica del contenido de estos derechos⁹⁷³.

Por otro lado, en la realidad latinoamericana es evidente que el argumento positivista de la inexistencia de garantías jurisdiccionales para la efectividad de los derechos sociales ha servido de excusa a la falta de interés y voluntad política, por no decir también de creatividad de los legisladores. Como

⁹⁶⁹ JIMENEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, p.122.

⁹⁷⁰ PISARELLO, *Los derechos sociales...*, op.cit., p. 81.

⁹⁷¹ *Íbidem*, p. 81.

⁹⁷² FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, P. 63.

⁹⁷³ ALDUATE, E., *Derechos fundamentales*, Santiago, Legal publishing, 2008.

sostiene PEÑA FREIRE, más que problemas de técnica jurídica, el problema real es la falta de voluntad política para hacer efectivos los derechos sociales, utilizando razones de supuestas “carencias técnicas” como pretexto⁹⁷⁴. Aquí se produce un efecto circular: mientras el positivismo jurídico insista en que los derechos sociales no pueden ser exigibles por que no existen mecanismos para ello, el legislador seguirá justificando la falta de desarrollo de estos mecanismos en lo señalado por la doctrina. Esto es insostenible desde el paradigma neoconstitucional por las razones que ya hemos señalado.

En definitiva, la tendencia a analizar los derechos sociales como derechos exigibles surge a partir de la actividad jurisprudencial nacional e internacional, incluso adelantándose a la doctrina en la materia. En este sentido- en años recientes- los tribunales han venido utilizando los mecanismos jurisdiccionales internos para la tutela de los derechos fundamentales -como las acciones de amparo o de tutela- y de la supremacía constitucional -la acción de inconstitucionalidad-; además de sus aptitudes hermenéuticas para garantizar derechos sociales.

Así, a nivel jurisprudencial existen casos muy variados en cuanto a los mecanismos que han aplicado los tribunales para garantizar judicialmente estos derechos. En mayor medida se han reconocido derechos sociales por su vinculación con otros derechos individuales (ej. el derecho a la salud y el derecho a la vida), pero también existen casos en los que se ha garantizado derechos sociales de manera autónoma. Además se han adaptado los mecanismos jurisdiccionales procesales diseñados para la defensa de los derechos individuales a las exigencias de la tutela de derechos sociales como el caso argentino y el amparo colectivo (art. 43 de la Constitución Argentina) o el caso colombiano y la macrosentencia T- 025 del 2004. En algunos casos, se ha destinado la protección jurisdiccional de los derechos

⁹⁷⁴ PEÑA, A., *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 1997.

sociales al proceso de amparo como el caso de Perú, donde el Código Procesal Constitucional del 2004 menciona explícitamente como derechos susceptibles de ser tutelados por esta vía a los derechos sociales reconocidos en la Constitución además de el derecho a la alimentación y en derecho a la vivienda y aquellos derechos sociales innominados que estén reconocidos en los Tratados internacionales sobre la materia o que se fundan en la dignidad del hombre y en los principios del Estado social de Derecho. Finalmente, algunos países han consagrado la justiciabilidad universal de los derechos fundamentales a nivel constitucional, como es el caso de Venezuela o Bolivia.

Hasta aquí, hemos desarrollado un análisis teórico-jurisprudencial de los clásicos postulados positivistas en torno a la exigibilidad judicial de los derechos sociales a partir del neoconstitucionalismo. Hemos demostrado que -a la luz de los presupuestos del paradigma neoconstitucional- los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales susceptibles de ser exigibles jurisdiccionalmente.

Hemos concluido que- en este paradigma- los derechos sociales: 1) constituyen derechos subjetivos desde una visión evolucionada del concepto, en el marco del Estado social de Derecho 2) son derechos positivos, si se entienden como derechos de diferentes niveles obligacionales determinables en cada caso concreto 3) son derechos que exigen costos, como todos los derechos fundamentales, lo que no obsta para que se adecue la economía estatal al cumplimiento de las exigencias mínimas de estos derechos 4) limitan la “discrecionalidad del legislador” la cual está condicionada a demostrar que ha actuado en conformidad con las exigencias constitucionales de los derechos sociales, como el respeto del contenido mínimo esencial y la obligación de progresividad de los derechos sociales 5) son susceptibles de ser exigibles judicialmente, pues la justicia constitucional comparada ha demostrado que se puede garantizar jurisdiccionalmente

estos derechos aún en ausencia de garantías específicas. En este sentido, consideramos que la falta de garantías jurisdiccionales no tiene origen en la estructura de los derechos, sino en cuestiones meramente políticas.

Considerar a los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales ha gatillado una cada vez más prolija literatura sobre el tema así como un mayor activismo por parte de las Cortes. Esta “revolución” no ha sido para nada pacífica y con cada avance surgen nuevas críticas, las cuales retoman los “clásicos” argumentos aquí comentado. Calificar actualmente los argumentos del positivismo como válidos significa cerrar los ojos ante la evolución del Derecho como ciencia, además de persistir en presupuestos del positivismo que ya se han visto ampliamente superados. Finalmente, al defender los derechos sociales como derechos exigibles judicialmente no se está nadando contracorriente, todo lo contrario, se está justificando su exigibilidad a partir de la corriente científica que actualmente inspira al Derecho.

5.4 Las garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos sociales fundamentales en el constitucionalismo peruano

5.4.1 Derechos fundamentales y garantías

Hemos visto ya como- desde el positivismo jurídico clásico- ha sido frecuente la confusión entre los derechos y sus garantías. Tradicionalmente, se les ha considerado como conceptos equivalentes, que remitían a la misma idea primigenia de derecho subjetivo como acción procesal, el cual refiere a la posibilidad de que una persona recurra a un órgano jurisdiccional para solicitar el cumplimiento de la obligación que otra persona tiene respecto a

ella. Evidentemente, esta confusión tiene su origen en el análisis kelseniano del concepto de derecho subjetivo⁹⁷⁵.

En un principio, aparece la “garantía” como institución del Derecho Público y como una creación institucional de los franceses. De aquí es retomada por los demás pueblos en cuya legislación aparece desde mediados del siglo XIX. A decir de BURGOA, el concepto jurídico “garantía” ha significado diversos tipos de seguridades y protecciones a favor de los gobernados dentro del Estado de Derecho⁹⁷⁶. En Alemania, a inicios del siglo XX, se retoma el concepto de garantía del iuspublicismo francés en la construcción de la noción del “derecho público subjetivo” y además se empieza a hablar en la doctrina constitucional de otra modalidad de la garantía, las llamadas “garantías institucionales”⁹⁷⁷. La garantía- entendida así como subjetiva o institucional- se esparce en el constitucionalismo europeo de la posguerra, generando confusión en torno a su concepto y a su función.

En la actualidad, el paradigma neoconstitucional ha modificado la función de la garantía en el ordenamiento jurídico. A pesar de la confusión inicial, actualmente la doctrina considera inconcebible confundir los derechos con sus garantías. Por un lado, la garantía busca proteger, asegurar algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso que éste haya sido vulnerado. Por otro lado, los derechos son aquel “algo” que la garantía debe proteger. Siguiendo esta lógica, coincidimos con FERRAJOLI en su conceptualización de las garantías como “las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto permite la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su formulación constitucional”⁹⁷⁸.

⁹⁷⁵ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1993.

⁹⁷⁶ BURGOA, I., *Las garantías individuales*, México, ed. Porrúa, 2º ed., 1996, p.174.

⁹⁷⁷ JELLINEK, G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice Libreria, Milán, 1912, pp. 46-59

⁹⁷⁸ FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 35.

Un buen análisis que nos permite clarificar la distancia conceptual del binomio derecho-garantía es aquel desarrollado por Norberto BOBBIO⁹⁷⁹, a partir de su clasificación de las normas jurídicas. Distinción de origen hartiano, BOBBIO la retoma para hacer una distinción más práctica que permite analizar las figuras de derecho y garantía con mayor nitidez. Este autor centra el análisis en la interrelación entre norma primaria y norma secundaria. De ello, afirma que el concepto de norma secundaria es definido en función a su relación con la norma primaria. En este sentido, la norma secundaria existe en el ordenamiento jurídico exclusivamente en función de la utilidad que otorgue a la norma primaria. BOBBIO sostiene que la existencia de normas jurídicas secundarias en el sistema es lo que convierte a un sistema jurídico simple en otros con características complejas.

En el constitucionalismo contemporáneo, la gran mayoría de sistemas jurídicos posee esta estructura. Así, existen dos tipos de normas secundarias: 1) normas sobre la producción de otras normas y 2) normas respecto a la sanción. Las garantías pertenecen al grupo de normas secundarias, donde pueden existir garantías respecto a la producción de otras normas (ej. La garantía constitucional de la reserva de ley) o garantías-sanción por el incumplimiento de lo ordenado por una norma primaria (ej. El amparo como garantía jurisdiccional).

En el paradigma neoconstitucional, la confusión entre los derechos fundamentales y sus garantías ha significado una gran dificultad al momento de diseñar mecanismos para su protección. Al respecto, FERRAJOLI ha manifestado que incurrir en esta confusión significa que catálogos enteros de derechos “serían no-derecho, no-normas solamente por estar privados de garantías”⁹⁸⁰. Por ello, aquí se ha constatado la diferenciación conceptual de los derechos y las garantías, con la finalidad de pasar a explicar la función

⁹⁷⁹ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, 3ra.ed, Bogotá, Ed. Temis, 2007, pág. 131-140.

⁹⁸⁰ FERRAJOLI, L., “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, num. 29 , 2006,p. 29.

actual de las garantías de los derechos fundamentales -con énfasis en las referidas a los derechos sociales- en el marco del Estado Constitucional de Derecho. Se ha visto la necesidad de diferenciarlos a fin de poder utilizar los términos derechos sociales y sus garantías con adecuada propiedad.

Por ello, al hablar de derechos sociales nos referiremos a aquellas atribuciones reconocidas al individuo a fin de satisfacer sus necesidades básicas en materia social- como salud, alimentación, vivienda o trabajo- por el ordenamiento jurídico positivo, sea a nivel nacional como también a nivel internacional. Y al hablar de garantías nos referiremos al conjunto de técnicas previstas para dar efectividad a estas expectativas sociales.

5.4.2 *El derecho como sistema de garantías en el actual Estado Constitucional de Derecho: El garantismo de Ferrajoli y la especial referencia a la garantía de los derechos sociales*⁹⁸¹

Afirma RENTERÍA DÍAZ que la teoría del garantismo jurídico postulada por FERRAJOLI tiene su origen en la célebre frase de su maestro BOBBIO donde refería que el problema actual de los derechos humanos no es tanto el encontrarles un fundamento como el de garantizarlos⁹⁸².

En efecto, FERRAJOLI en su obra "*Derechos y garantías: La Ley del más débil*"⁹⁸³ postula la función del derecho como un sistema artificial de garantías constitucionalmente pre ordenado a la tutela de los derechos

⁹⁸¹ Esta parte de la tesis es una adaptación de un trabajo previo de la autora publicado en el libro "La Constitución del Estado de Quintana Roo" en el año 2009. (AGUILERA, R., Y ESPINO, D., "Las garantías de los Derechos sociales en la Constitución de Quintana Roo" en FERRER MC GREGOR, E., *La Constitución de Quintana Roo*, México, Ed. Porrúa, 2009). Una versión anterior se encuentra en una publicación De la autora en el año 2006. (AGUILERA, R., y ESPINO, D., *Fundamento...*, *op.cit.*, pp. 131-133.)

⁹⁸² RENTERÍA, A., "El garantismo en los tiempos de Neoconstitucionalismo" en *Papeles de teoría y filosofía del Derecho*, n°10, Madrid, Instituto "Bartolomé de las Casas- Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p. 2-3.

⁹⁸³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

fundamentales. De este modo, introduce el modelo garantista mediante el cual expone un cambio estructural en la aplicación del Derecho y en la concepción de la Democracia, el cual se expresa en el imperativo jurídico de la sujeción de toda forma de Poder al Derecho, tanto en el plano de procedimientos como- he aquí la trascendencia de su argumento- en el contenido de sus decisiones.

FERRAJOLI inicia su argumentación reconociendo una crisis de Derecho, que se refleja en una crisis de legalidad, del Estado social y del Estado Nación; las que a su vez desencadenarían en una crisis de la Democracia. Ante esta situación, postula el *sistema garantista*, el cual surge para remediar el caos normativo, la proliferación de fuentes, la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares del Poder Público, la ineficiencia de los derechos y la incertidumbre e incoherencia del ordenamiento.

A decir del autor, la función garantista del Derecho es actualmente posible debido a la complejidad de su estructura formal que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad. Por una parte, el carácter positivo de las normas producidas- que es el rasgo específico del positivismo jurídico- ; por otra parte, su sujeción al Derecho- que es el rasgo específico del Estado Constitucional- en el que la misma producción jurídica se encuentra condicionada por normas, tanto formales como sustanciales del derecho positivo⁹⁸⁴.

Evidentemente, el “deber ser” del derecho positivo también resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de valores éticos-políticos⁹⁸⁵ por lo que se acuerda que ellas

⁹⁸⁴ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías...*, op.cit.pag.19

⁹⁸⁵ Estos valores axiológicos superiores introducen otra dimensión en los derechos fundamentales: en su vertiente jurídico-objetiva como principios normativos superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto. Sin duda, esta dimensión objetiva es complementaria a la visión tradicional subjetiva de los derechos fundamentales. En esta dimensión positiva directriz se introducen efectos más amplios de irradiación que modifican todo el ordenamiento jurídico. (LAPORTA, F., “Sobre el uso del término libertad en el lenguaje político”, en *Sistema*, num.52, 1983, p.23 y ss.)

deben ser informadas. Afirma FERRAJOLI que son estos valores axiológicos de derecho positivo los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado Constitucional de Derecho, como *derecho sobre derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica.

Es en el sistema garantista de Derecho - donde la legalidad formal no solo es condicionante sino que también viene condicionada por vínculos jurídicos no exclusivamente formales sino también sustanciales-, el Derecho contemporáneo no programa solo sus formas de producción- a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones- sino que también programa sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y valores inscritos en la Constitución, mediante técnicas de garantías cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica.⁹⁸⁶ Se refiere específicamente a los derechos fundamentales, que limitan y vinculan el Poder Legislativo.

En efecto, esta nueva función del Derecho conlleva una alteración en las esferas del positivismo clásico: 1) en la teoría del derecho, donde se revisa la teoría de la validez normativa basada en la disociación entre validez y vigencia y en la nueva relación entre forma y sustancia de la norma 2) y en la teoría política, donde la doble artificialidad le injerta una dimensión sustancial a la democracia pero sobre todo cambia el papel garantista del juez. En este sentido, la sujeción del juez a la ley lo será solo a la Ley en cuanto válida - coherente con la Constitución- e impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación “en sentido constitucional” y la denuncia de su inconstitucionalidad y 3) en la labor de la ciencia jurídica en crear las técnicas de garantía adecuadas, donde no solo posee una función descriptiva, sino crítica y peyorativa en relación a su objeto.

Para el autor, el sistema garantista dota de posibilidades de eficacia y pleno cumplimiento a los derechos fundamentales, sean estos liberales o sociales. Los derechos fundamentales se configuran como vínculos sustanciales

⁹⁸⁶ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías...*, op.cit.,p.20

impuesto a la democracia política. Por un lado, constituyen vínculos negativos- generados por el derecho a la libertad- que ninguna mayoría puede violar. Por otro lado, constituyen vínculos positivos- generados por los derechos sociales- que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer, pues forman *la esfera de lo decible y lo no decible*, actuando como factores no solo de legitimación sino - sobre todo- como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no decisiones.

Mención aparte del análisis general de la teoría garantista de FERRAJOLI, se debe observar que el autor añade un plus a su teoría al tomar en consideración la particular situación de los derechos sociales. Las razones por las cuales el autor realiza este análisis en particular radican en que en su obra afirma constantemente que la enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías sociales positivas adecuadas.

Con ello, el autor destaca la falta de técnicas de defensa y de justiciabilidad- comparables a las que sí tienen las garantías liberales o negativas- dirigidas a la crisis del Estado social, manifestada en problemas tales como la inflación legislativa provocada por presiones de grupos sectoriales, la pérdida de generalidad de las leyes y la falta de certeza a causa de las incoherencias.

Y hasta aquí llega el garantismo jurídico inicialmente propuesto por FERRAJOLI. Como un sistema que se cierra en sí mismo, en este problema en particular, el garantismo jurídico no parece detenerse en otras dimensiones del problema.

Una discusión bastante conocida al respecto es aquella que, a partir del garantismo jurídico, inicia FERRAJOLI con Danilo ZOLO. Este último considera que la ausencia de tutela de los derechos sociales no podría ser imputada a una laguna normativa ni a la insuficiente elaboración técnica de las garantías jurídicas. Al contrario, atribuye como causa a la desprotección de los derechos sociales la incompatibilidad existente entre el sistema

jurídico y el económico. En ese sentido, el problema que padecería este tipo de derechos no se debería a una disfunción normativa sino a una imposibilidad funcional de prestarlos, generada por la coexistencia de sistemas inconsistentes. Así, el derecho al trabajo, dice ZOLO, no está garantizado por el hecho de que sea proclamado en las constituciones de los Estados, porque más allá de la enunciación constitucional de tal derecho, en la realidad ninguna autoridad judicial podría ordenar a nadie a que ofrezca un puesto de trabajo.⁹⁸⁷

En un trabajo posterior, FERRAJOLI expresa que comparte con ZOLO su opinión acerca de que las divergencias entre ambos provienen de una diferente perspectiva en la cuestión⁹⁸⁸. La aproximación de FERRAJOLI es normativista, según la cual un derecho existe tan sólo por el hecho de su estipulación normativa. Por otro lado, la aproximación de ZOLO- según FERRAJOLI- es iusrealista, según la cual un derecho que carece de garantía para hacerlo efectivo, no es un verdadero derecho. A partir de esta última opinión se puede sostener- por ejemplo- que en el caso de la libertad de expresión consagrada constitucionalmente- cuando determinadas manifestaciones de expresión se castigan menoscabando la prerrogativa constitucional- en realidad ese derecho no existe, sería lo que GUASTINI califica como “derecho sobre el papel”⁹⁸⁹.

FERRAJOLI sostiene que estos enfoques no son opuestos sino diversos, porque el iusrealista refleja un punto de vista descriptivo de tipo sociológico o politológico; legítimo y correcto para una teoría sociológica y útil para la ciencia jurídica, siempre que no se abandone el punto de vista normativo que es- a criterio de Ferrajoli- el propio de la teoría del derecho.

⁹⁸⁷ ZOLO, D., “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”l, en *La Fundamentación de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, páginas 75-104.

⁹⁸⁸ FERRAJOLI, L., “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”l, en *Isonomía*, N°16, IJ-UNAM, 2002.

⁹⁸⁹ GUASTINI, R., *Estudios de Teoría Constitucional*, México, UNAM-Fontamara, 1ed., 2001, p. 220.

Además, el autor no desconoce que los problemas que plantean los derechos sociales serían económicos y no jurídicos. Pero esto no significaría que la teoría del derecho deba ignorar tales cuestiones, sino que las debería reconocer, aclarar y explicar. Es por eso que distingue claramente dos cuestiones: 1) la enunciación de los derechos y garantías desde el plano normativo y 2) la realización en concreto de tales derechos. La primera de ellas es a lo que se habría referido en el desarrollo de su modelo, en tanto se ha criticado que la enunciación constitucional de los derechos sociales no se ha visto acompañada de la elaboración de las garantías sociales adecuadas, lo que significaría un vacío que debe ser cubierto.

Ahora bien, dentro de la segunda cuestión también es posible distinguir dos ámbitos: la realización técnica y la realización política de tales derechos. En cuanto a la primera, los actos que se requieren para su satisfacción son discrecionales, tales como prestaciones gratuitas y obligatorias. Además, FERRAJOLI estima que no habría inconveniente en que -por ejemplo- se establezcan en las Constituciones cláusulas que incluyan las cuotas mínimas de presupuesto asignado a gastos sociales. En cuanto a la realización política de tales garantías, es inobjetable que la satisfacción de estos derechos es costosa, exige recursos y es, en definitiva, incompatible con la lógica de un mercado como el capitalista.

Pero entonces- concluye el autor- si bien los obstáculos son de naturaleza política y no es cometido de la Teoría del Derecho resolverlos, sí le corresponde llamar la atención sobre tales problemas y colocarlos en su justo lugar. En este sentido, el rol del teórico del derecho consistiría en reconocer, aclarar y explicar tales cuestiones, sugiriendo para cada derecho subjetivo una técnica de garantía posible.

Hasta aquí, hemos podido conocer la discusión actual en torno al tema del Derecho como sistema de garantías. Es innegable el tremendo impacto que la teoría ferrajoliana sobre las garantías del Derecho ha tenido en la actual dogmática jurídica-constitucional, inscribiéndose como uno de los postulados

esenciales del paradigma neoconstitucional. Han corrido ríos de tinta sobre esta cuestión, constituyéndose en uno de los temas axiales del constitucionalismo contemporáneo. Es a partir de esta teoría que se ha desarrollado la clasificación sobre las garantías de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional, como lo veremos a continuación.

Finalmente, es necesario señalar que no sólo la doctrina ha hecho suya esta posición sino que además la práctica jurisdiccional han adoptado el garantismo jurídico en el momento de interpretar las disposiciones constitucionales y sobre todo, las referentes a los derechos fundamentales, como es el caso particular del Tribunal Constitucional Peruano.

5.4.3 Las garantías para la protección de los derechos sociales fundamentales en el marco del Estado Constitucional de Derecho

Tal como hemos hecho referencia, el concepto de garantía con respecto a los derechos fundamentales ha tomado un nuevo significado a la luz del Estado Constitucional de Derecho.⁹⁹⁰ En este sentido, de entenderse los derechos como ámbitos de protección del individuo, ahora se entiendan además como un sistema de garantías constitucionalmente pre-ordenadas en función de la tutela de los derechos fundamentales⁹⁹¹.

En efecto, el hecho de referirnos a las normas iusfundamentales como sistema de garantías ha originado la diversificación del concepto de garantía, pero también ha significado una transformación del mismo concepto de derecho fundamental. Un ejemplo de esto lo encontramos en la aparición, en la teoría constitucional del siglo XX, de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

⁹⁹⁰ PEÑA, A., *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 1997, p. 59.

⁹⁹¹ FERRAJOLI, L., “Los derechos y sus garantías...”, op.cit., p.19

Actualmente, la doctrina ha clasificado las garantías de los derechos fundamentales en base a diversos criterios. Los desarrollaremos con exclusivo fin explicativo pero nos centraremos únicamente en las garantías jurisdiccionales. Pero antes de exponer la clasificación de estas garantías, es necesario detenernos en el concepto de garantía de los derechos fundamentales en el marco del actual Estado Constitucional. Antonio PEÑA desarrolla esta idea a partir de la teoría garantista de FERRAJOLI, antes expuesta⁹⁹².

En primer lugar, PEÑA define la garantía como un macroconcepto de la teoría general del derecho y como elemento y función de sistemas jurídicos complejos. En este sentido, la garantía es un concepto multidimensional⁹⁹³. Esta afirmación supone admitir que sólo será posible localizar la garantía en el análisis de otros elementos del sistema y en el juego y reproducción continua de relaciones jurídicas, es decir, en la complejidad.

Desde este punto, el autor postula tres tesis: 1) la garantía no es un ente abstracto que se pueda escindir de los bienes y valores garantizados, pues tiene naturaleza procesal o instrumental 2) por exigencias axiológicas y estructurales del sistema normativo, la garantía incorpora un elemento finalista que le da sentido. En efecto, un sistema de garantías adecuado será aquel que maximice el grado de tutela de los valores más importantes del sistema jurídico –político en el Estado Constitucional, mientras que un sistema que no se oriente a este fin no puede ser considerado un sistema de garantías y 3) se considera que las nociones claves para acercarse al concepto de garantía- Constitución, Estado Constitucional, derechos subjetivos, etc.- no pueden relacionarse con ella mediante una lógica binaria mecanicista, sino mediante la lógica difusa del grado. Así la garantía es gradual, nunca se garantiza todo o nada, sino que hay grados de garantía y, por el mismo motivo, nunca hay garantías perfectas ni sistemas de garantías perfectos sino expresiones más o menos adecuadas de garantías. Esto

⁹⁹² PEÑA, A., *La garantía...*, op.cit.

⁹⁹³ *Ídem*, p.20

debido a que la relación entre valores, normas y prácticas es siempre susceptible de adecuación o desviación y está siempre abierta a la posibilidad de formular juicios críticos de grado⁹⁹⁴.

A partir de estas características, PEÑA entiende por garantías a “todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derechos y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entra las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del sistema constitucional y su configuración normativa o institucional”⁹⁹⁵.

Además- para el autor- la garantía como categoría jurídica no tiene otra realidad que la que le otorga la complejidad del sistema diferenciado del que forma parte⁹⁹⁶. Esta contextualidad supone que la única naturaleza posible para la garantía es- por lo tanto- la contextual, la que presupone su contexto y lo integra en el propio concepto. La garantía, como categoría jurídica, nace y adquiere una configuración precisa en las relaciones jurídicas, en la operatividad y en los procedimientos. Es en el contexto de los procedimientos jurídicos- sean legislativos, judiciales o de ejecución- donde la garantía se define y se configura como categoría jurídica y donde los componentes estructurales o formales del concepto cobran sentido y sólo después de este dimensionamiento constitutivo, es completo el análisis del fenómeno conceptual⁹⁹⁷.

Y el contexto actual que da sentido a la garantía, no es sino el modelo jurídico político del Estado constitucional de Derecho; el cual se caracteriza por estar formado por un conjunto de normas referidas a determinados asuntos sobre los que está prohibido decidir, otros sobre los que la decisión

⁹⁹⁴ *Ídem*, p.24

⁹⁹⁵ *Ídem*, p.28

⁹⁹⁶ *Ídem*, p.32

⁹⁹⁷ *Ídem*, p.34

es obligatoria y residualmente en todo lo demás, un extenso bloque de asuntos sobre los que la decisión está permitida⁹⁹⁸.

Para explicar la función de los derechos fundamentales como sistema de garantías en el Estado Constitucional, PEÑA explica que el objeto de la garantía- que es la primera vía a través de la cual la garantía se realiza- está constituido por los distintos elementos jurídicos que resultan protegidos o tutelados de algún modo por el ordenamiento en su función de garantía.

Entre los objetos de la garantía, uno de los principales elementos a través de los que se hace efectiva en el ordenamiento esta función son los derechos humanos fundamentales reconocidos constitucionalmente: su peculiar vínculo con los valores externos, su situación en el contexto constitucional y sus garantías jurisdiccionales o institucionales los convierten en un factor jurídico de primer orden y en el elemento jurídico más potencialmente garantista de los presentes en el ordenamiento jurídico⁹⁹⁹.

Aquí el autor se refiere al potencial garantista de la norma iusfundamental a través de la cual está garantizado el derecho fundamental. PEÑA adopta la clasificación de las normas iusfundamentales desarrollada por ALEXY y afirma que al caracterizarlas como normas que se pueden manifestar estructuralmente como reglas, como principios o en ambas formas de modo simultáneo, se puede analizar la vertiente dinámica de las mismas; es decir, el modo en que se manifiestan en los procesos jurídicos¹⁰⁰⁰. Estos procesos y dinámicas son los que determinan la efectividad de las normas como garantía de los propios derechos fundamentales y de su carga axiológica en la medida en que representan los vectores de incidencia de cada derecho en el ordenamiento¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁸ *Ídem*, p.73

⁹⁹⁹ *Ídem*, p.107

¹⁰⁰⁰ *Ídem*, p.114

¹⁰⁰¹ *Ídem*. P.122

Así, los derechos fundamentales se identificarían como un campo de fuerzas siempre activo, dadas las enormes dificultades para encontrar criterios generales con que solucionar los conflictos que se plantean, si bien en la mayor parte de los casos el conflicto de los derechos no viene motivado por la presencia de elementos estructurales contradictorios sino por la incidencia del marco externo sobre los mismos. Este dato corrobora nuevamente la naturaleza bifronte de los derechos fundamentales: como expresión de valores externos y como normas de garantía internas¹⁰⁰².

Finalmente, señala PEÑA que la vinculación del derecho a los valores expresivos de la centralidad de la persona y la instrumentalidad del Estado y sus poderes a la garantía de los derechos de la persona, como expresión de estos valores, encuentran su justificación jurídico-constitucional.

Así expresa que en la medida en que las opciones o ponderaciones del Constituyente estuvieron motivadas por los valores aludidos y en que la centralidad de la persona y los valores a ella vinculados son reconstruibles jurídicamente a partir del análisis del estatuto jurídico de los derechos, todos ellos serán susceptibles de proyección hacia la totalidad de la actividad jurídica de manera que se manifiesten en los procesos de ejecución constitucional, con todos los efectos jurídicos que puedan plantearse.

En otras palabras, toda la actividad jurídica- por ser ejecución constitucional- y toda la actividad de los poderes públicos- por ser sometida a la Constitución- adquieren el sentido marcado por las propias opciones y criterios seguidos por el Poder Constituyente para categorizar los supuestos de colisión entre derechos fundamentales; ya que estos criterios- expresivos de la centralidad de la persona y la instrumentalidad del Estado y del Derecho- son el contenido básico de la función de garantía jurídica que

¹⁰⁰² Ídem, p.125

obliga a la maximización de la libertad e igualdad personal y- en general- de todos los valores que inspiraron el pacto¹⁰⁰³.

Partiendo de este análisis sobre la expresión y la función de los derechos fundamentales como sistema de garantías en el Estado Constitucional, el autor postula una clasificación tripartita de las garantías de los derechos fundamentales, en atención al momento del proceso constitucional en el cual se manifiestan. Así, las clasifica en: 1) las garantías en el momento legislativo o garantías normativas 2) las garantías en el momento ejecutivo o garantías institucionales y 3) las garantías en el momento jurisdiccional o garantías jurisdiccionales¹⁰⁰⁴.

De esta clasificación general de las garantías de los derechos fundamentales, PISARELLO desarrolla una clasificación de garantías de los derechos sociales, donde apuesta por una reconstrucción del concepto de “garantía” de los derechos sociales que sea democrática, participativa y multinivel¹⁰⁰⁵. Tomando en cuenta también la generalizada crisis de garantías de los derechos sociales, PISARELLO propone una reconstrucción de estas garantías superando la crítica de la percepción dominante de los derechos sociales.

Así, sostiene que esta reconstrucción unitaria, compleja y participativa de las garantías de los derechos supondría su clasificación en: 1) De acuerdo al sujeto al que se encomienda la tutela: garantías institucionales y extra-institucionales 2) De acuerdo al alcance del mecanismo de tutela: garantías primarias y secundarias y 3) De acuerdo a la escala en las que actúan estos mecanismos de tutela: garantías estatales, supraestatales e infraestatales¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ Ídem, p.126

¹⁰⁰⁴ Ídem, p. 189

¹⁰⁰⁵ PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, p. 111 y ss.

¹⁰⁰⁶ Ídem, p. 113.

Sin pretender desconocer la importancia del desarrollo teórico de cada una de estas garantías, aquí nos centraremos en el análisis de las garantías institucionales. A diferencia de las garantías extra-institucionales, las garantías institucionales son aquellos mecanismos de protección de los derechos encomendados a las instituciones o poderes públicos¹⁰⁰⁷. Esta categorización se corresponde con aquella desarrollada por PEÑA, ya antes analizada. En la clasificación de PISARELLO, esta se sub-clasifica en 1) garantías políticas 2) garantías semi-políticas 3) garantías jurisdiccionales y 4) garantías semi-jurisdiccionales¹⁰⁰⁸.

Define PISARELLO a las garantías jurisdiccionales como aquellas confiadas a tribunales independientes de los órganos políticos que pueden recibir denuncias de vulneraciones y cuentan con alguna capacidad de sanción para imponer sus decisiones, en ausencia o ante el incumplimiento de una garantía primaria o secundaria, pero de carácter político¹⁰⁰⁹.

Afirma el autor que las garantías jurisdiccionales, a su vez, pueden asumir las formas de garantías ordinarias o especiales. Las ordinarias se encomiendan a tribunales repartidos en diferentes órdenes con capacidad de prevenir, controlar o sancionar vulneraciones de derechos provenientes de órganos administrativos o de particulares. Por otro lado, las garantías jurisdiccionales especiales son aquellas encomendadas a tribunales superiores o constitucionales y su objetivo es- básicamente- el control y la reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias han resultado insuficientes o en los supuestos en los cuales la vulneración del derecho puede atribuirse a actuaciones u omisiones propias del legislador¹⁰¹⁰.

Para PISARELLO son las garantías jurisdiccionales especiales- encomendadas especialmente a los Tribunales Constitucionales- las que

¹⁰⁰⁷ Ídem, p. 114.

¹⁰⁰⁸ Ídem, p.114.

¹⁰⁰⁹ Ídem, p.120.

¹⁰¹⁰ Ídem, p.121.

mayor discusión han provocado en la doctrina constitucional, pues su tarea fundamental no es sólo asegurar el cumplimiento de derechos y deberes constitucionales sino también de las propias leyes elaboradas por los órganos representativos. Las objeciones se centran en la falta de legitimidad democrática directa de estos tribunales además de su falta de idoneidad técnica para lidiar -en el caso de derechos sociales- con cuestiones económicas. A estas objeciones se suma el hecho de que, históricamente, los tribunales constitucionales han ejercido un papel más bien conservador a la hora de tutelar derechos sociales centrando su actividad garantista más a la defensa de los derechos patrimoniales¹⁰¹¹.

PISARELLO opone a estas objeciones un hecho fundamental. Afirma que- a pesar de su función primordialmente conservadora- los Tribunales han demostrado ser instancias idóneas para proteger a minorías vulnerables y otros grupos sub-representados en los espacios representativos tradicionales, sobre todo cuando los derechos sociales se encuentran reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales. A su juicio, han supuesto instancias a partir de las cuales se han expuestos a los Poderes Públicos y han servido para que estos justifiquen sus actos ante los representados, como las razones para las asignaciones de los recursos públicos o la falta de legislación en alguna materia que vulnere derechos fundamentales.

La propuesta de PISARELLO de una reconstrucción de las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales supone que los tribunales jurisdiccionales puedan inhibirse y comprometerse activamente- al mismo tiempo- en la protección de derechos civiles, políticos y sociales que permitan reforzar las bases materiales de la autonomía personal y la capacidad de participar en los asuntos públicos.

Esto no justifica cualquier tipo de intervención jurisdiccional en la esfera política y social y en la actuación de los órganos políticos. Si no más bien,

¹⁰¹¹ Ídem, p.121.

implica que actúen con deferencia frente a aquellas actuaciones o abstenciones legislativas que amplíen en ámbito de vigencia de los derechos civiles, políticos y sociales y por otro, involucrarse activamente frente a aquellas que- por el contrario- restrinjan de manera ilegítima su alcance normativo¹⁰¹². Así, a lo que PISARELLO se refiere es a una actuación garantista de los tribunales en materia de derechos sociales, siempre que su actuación se dé en el marco que le impone las normas y los valores constitucionales.

En definitiva, los derechos sociales- en el sistema garantista-constitucional- cumplen una función de garantías normativas cuando se manifiestan como normas objetivas. Pero además, cuando se manifiestan como derecho subjetivo son objeto de garantía, para lo cual se han dispuesto garantías de diversos tipos para su protección, entre las cuales están, como lo hemos visto, las garantías jurisdiccionales. A continuación, nos centraremos en el análisis de las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales constitucionales dispuestas por la Constitución Peruana de 1993.

5.4.4 *Las garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos sociales constitucionales diseñadas por la Constitución de 1993*

- 5.4.4.1 El proceso de amparo como garantía jurisdiccional idónea para la protección de los derechos sociales constitucionales cuando actúan como derechos subjetivos

¹⁰¹² Ídem, p.122.

El proceso constitucional de Amparo fue incorporado por primera vez en el ordenamiento peruano en la Constitución de 1979 y se ha mantenido en la actual Constitución de 1993. En efecto, señala el inc. 2 del art. 200 de la Constitución que la acción de amparo procede contra el hecho u omisión- por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona- que vulnera o amenaza los derechos fundamentales, distintos a los protegidos por el hábeas corpus y el hábeas data. En el mismo inciso se señala que el amparo no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales que emanen de proceso regular.

El nuevo Código Procesal Constitucional del 2004 regula de forma específica el proceso constitucional de amparo; por un lado, a través de disposiciones generales aplicables también a los procesos de hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento (los llamados procesos constitucionales de la libertad) y; por otro, en disposiciones que regulan de forma exclusiva el proceso constitucional de amparo.

En el CPCConst. se establece que la finalidad del proceso de amparo es la protección y tutela de los derechos fundamentales. Sin embargo, no es un mecanismo ordinario de protección de estos derechos sino que constituye una “tutela de urgencia” pues actúa ante la falta de otros mecanismos procesales que resuelvan eficazmente la cuestión. Con la finalidad de garantizar derechos fundamentales, este proceso buscará reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental.

Como ya se ha señalado, los procesos constitucionales de la libertad son susceptibles de ser conocidos tanto por el Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional. Así, la justicia ordinaria tiene competencia para conocer en primera y segunda instancia los procesos de amparo, mientras que el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer y revisar, en última y definitiva instancia y vía recurso de agravio constitucional, las

decisiones judiciales en materia de derechos fundamentales que la Constitución tutela.

Existen ciertos presupuestos sustantivos que deben concurrir al momento de interponer una demanda de amparo, los cuales son: 1) La afectación o amenaza inminente de un derecho fundamental (los previstos para su protección en el art.37 del CPC además del *númerus apertus* del art.37 inc. 25) que tiene sustento constitucional directo o en caso de afectarse aspectos constitucionalmente protegidos del mismo- con excepción de la libertad individual y derechos fundamentales conexos a ella (protegidos por el hábeas corpus) así como el derecho de acceso a la información pública y el derecho de autodeterminación informativa (tutelados por el hábeas data) 2) que el hecho lesivo se produzca en función de un acto comisivo o omisivo de cualquier autoridad, funcionario o persona (natural o jurídica) y 3) que no existan vías procedimentales igualmente idóneas para la protección del derecho fundamental afectado, con lo cual el amparo tiene un carácter “residual” , que no reemplaza los medios ordinarios de defensa judicial.

Señala LANDA que el proceso constitucional de amparo en el Perú se caracteriza por:

1) el juez constitucional debe tutelar los derechos fundamentales en función de principios procesales entre los que destacan el *pro actione*- según el cual el juez declara la suplencia procesal a favor del demandante-, el impulso judicial de oficio, la cosa juzgada favorable a la víctima y el control difuso de la Constitución.

2) Se realiza según el canon del principio sustantivo *in dubio pro hominem* y el adjetivo *favor processum*. En virtud a estos principios, el juez puede fallar *ultra petitia* o *extra petitia*.

3) Se incoa cuando la violación del derecho fundamental se produce por actos derivados de la aplicación de una norma o cuando el agravio se produce directamente, tanto por una ley autoaplicativa- que no requiere de

ningún acto o decisión para su ejecución- como por una ley-medida- que afecta de manera particular a una persona, sin respetar el carácter general y abstracto de las normas legales.

4) Se interpone también contra una autoridad jurisdiccional cuando- fuera de un procedimiento de su competencia- emite resolución o disposición que lesione un derecho fundamental o cuando- dentro de un proceso judicial irregular- se producen vicios formales o sustantivos, esto último por la aplicación de leyes incompatibles con la Constitución.

5) También lo puede interponer un particular contra actos o hechos de otro particular, siempre que haya habido vulneración directa de derechos fundamentales subjetivos.

6) No procede contra resoluciones judiciales que hayan sido dictadas respetando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo cual significa que no se haya afectado el acceso a la justicia y el debido proceso.

7) Por ser un instrumento de tutela de urgencia, no tiene etapa probatoria formal, pero son procedentes aquellos medios probatorios que no requieren de actuación; lo cual no impide que el juez constitucional pueda y deba valorar la carga de la prueba aportada por el demandante, así como solicitar aquella que considere necesaria para resolver el caso, sin afectar la duración del proceso.

8) El amparo no reemplaza los medios de defensa judicial ordinarios. Por ello, el juez constitucional debe valorar si el amparo no ha sido interpuesto de forma directa contra resoluciones expedidas en otros procesos, ni se utilice luego de haber prescrito la acción judicial, ni sirva contra providencias cautelares de otros procesos .

9) Sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas igualmente idóneas- sean administrativas o judiciales- para la tutela del derecho fundamental vulnerado.

10) A pesar de lo anterior, existen excepciones al agotamiento de la vía previa como a) si se trata de una resolución administrativa que no sea la última en esta vía, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida b) Si el agotamiento de la vía previa conlleva a que la afectación del derecho fundamental a tutelar pudiera convertirse en irreparable c) si la vía previa no se encuentra regulada o si el demandante acudió a ella sin que sea necesario d) si no se resuelve la vía previa dentro de los plazos preestablecidos para su resolución. En consecuencia, el agotamiento de la vía previa deviene en innecesario, pues se trata de situaciones en lo que el daño al derecho fundamental puede ser irreparable y la excepción se justifica por ser un daño inminente, urgente, grave e impostergable. El mismo Código señala que, en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa, el juez debe preferir dar trámite a la demanda de amparo.

11) La validez del fallo constitucional que adquiere la calidad de cosa juzgada tiene efectos *inter parte*. Sin embargo, en el caso de las sentencias de amparo dictadas por el Tribunal Constitucional y si éste así lo expresa en la misma sentencia, se puede establecer precedente vinculante para situaciones análogas, desprendiendo de la sentencia principios de alcance general y precisando el extremo de su efecto normativo.

Debe observarse que en el Perú, el proceso constitucional de Amparo protege ciertos derechos reconocidos en la Constitución, más no tutela los llamados “derechos legales”. En el elenco de derechos protegidos por el amparo se encuentran los de reconocimiento constitucional, así como los que se refieren a aspectos constitucionalmente protegidos, el elenco de derechos que emana de tratados internacionales de los que el Perú es parte, así como lo estipulado por el art. 3 constitucional que establece un *númerus apertus* de reconocimiento de derechos innominados “que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

El proceso constitucional de Amparo es la garantía jurisdiccional que tutela en forma directa (en referencia al objeto de la protección) los derechos sociales fundamentales en el Perú. Esto se sostiene en que el art. 200 inc. 2 -que regula el amparo en la Constitución de 1993- incluye los derechos sociales reconocidos en ésta al determinar que son objeto de tutela “los demás derechos reconocidos por la Constitución”; el cual interpretado en conexidad con el art. 3 constitucional que determina que son derechos fundamentales “los demás que la Constitución garantiza” y que no se encuentran contenidos en el título I, nos permite incluir dentro de la lista de derechos fundamentales a los derechos sociales constitucionalmente reconocidos en el Título II “De los derechos sociales y económicos” y que está referido a cinco derechos sociales: 1) la protección a la familia 2) el derecho a la salud 3) el derecho a la seguridad social 4) el derecho a la educación y 5) el derecho del trabajo.

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, no se incluyen nuevos derechos sociales sino que de alguna forma se “desglosan” los derechos sociales constitucionalmente reconocidos y se incluyen dentro del art. 37 del CPC. Así se determina que el amparo procede en defensa del derecho al trabajo; a la sindicación, negociación y huelga; a la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos; de impartir educación; el derecho a la seguridad social; de la remuneración y la pensión y a la salud.

Esta inclusión taxativa no excluye los derechos innominados derivados del art. 3 constitucional, por lo cual se pueden considerar algunos derechos no señalados aquí, como protegidos por el amparo. Pero estos derechos deben tener un sustento constitucional directo, el cual debe ser expresado por el Tribunal Constitucional en ejercicio de su competencia como órgano de interpretación constitucional. Es el caso por ejemplo del derecho al agua, reconocido como derecho fundamental no enumerado por el Tribunal Constitucional Peruano en la STC 06534-2006-AA, donde sostiene:

“El derecho al agua potable, a la luz del contexto descrito, supondría un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente(...)Por ello, aún cuando no forme parte de la materia controvertida, queda claro que la consideración del rol esencial que tiene el agua para el individuo y la sociedad en su conjunto, permite situar su estatus no sólo al nivel de derecho fundamental, sino también al de un valor objetivo que al Estado constitucional corresponde privilegiar.”¹⁰¹³

Entonces, se puede considerar que la lista de derechos sociales protegidos por el amparo es inexacta e inacabada. Consideramos que todo depende del desarrollo constitucional así como los cambios sociales y sus nuevas exigencias de tutela a nivel constitucional, los avances científicos-tecnológicos, las nuevas valoraciones éticas- morales que alteren las bases sociales sobre las cuales se asienta la Constitución Peruana de 1993.

La práctica jurisdiccional nos hace los hechos más previsibles. En este sentido, el Tribunal Constitucional- desde su nacimiento en 1996- ha justiciabilizado los derechos sociales de reconocimiento constitucional explícito y en contadas oportunidades se ha atrevido a innovar reconociendo jurisprudencialmente derechos implícitos. Esto se evidencia en su actividad jurisdiccional la cual se centra en la justiciabilidad de los cinco derechos sociales constitucionales ya mencionados: salud, trabajo, protección familiar, educación y seguridad social.

Actualmente, la jurisprudencia en materia de derechos sociales del Tribunal Constitucional se centra en el desarrollo de estos derechos y

¹⁰¹³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 06534-2006-AA/TC del 15 de noviembre del 2007, FJ. 18

excepcionalmente de alguno implícito, como el caso del derecho al agua. Por esta razón, en esta investigación nos vamos a centrar en los procesos de justiciabilidad que el Tribunal Constitucional ha aplicado para justiciabilizar los derechos sociales constitucionales.

5.4.4.2 El proceso de Inconstitucionalidad como garantía jurisdiccional para la protección de derechos sociales fundamentales cuando actúan como parámetro de validez de la ley

BRAGE define la acción de inconstitucionalidad como “aquel mecanismo o instrumento procesal-constitucional por medio del cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos, cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos conforme a la Constitución, puede plantear, de forma directa o principal, ante el órgano judicial de constitucionalidad de que se trate , si una determinada norma jurídica es o no conforme a la Constitución, dando lugar normalmente, tras la oportuna tramitación procedimental con las debidas garantías, a una sentencia en la que dicho órgano de la constitucionalidad se pronuncia en abstracto y con efectos generales sobre si la norma impugnada es o no compatible con la norma fundamental y en la hipótesis de que no la fuera, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha norma, si bien existe la posibilidad de que el órgano de la constitucionalidad dicte algunas de las sentencias intermedias o modalidades atípicas de sentencia¹⁰¹⁴. ”

En Perú, el proceso de inconstitucionalidad está regulado- al igual que el proceso de amparo- en el Título V, art.200 inc.4 de la Carta Constitucional de

¹⁰¹⁴ BRAGE, J., “La acción abstracta de inconstitucionalidad”, en FERRER MC GREGOR, E. (Coord.), *La ciencia del Derecho Procesal. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, Marcial Pons, IMDPC-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008, P. 90 Y 91.

1993. Aquí se señala que la acción de inconstitucionalidad procede contra las normas con rango de ley que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. Posteriormente, el art. 202 de la Constitución señala que la competencia para conocer la acción de inconstitucionalidad es exclusivamente del Tribunal Constitucional, en instancia única.

Con referencia a la relación de normas objeto de control a que se refiere la Constitución, ésta- a decir del Tribunal Constitucional- “tiene carácter enunciativo y no taxativo”. De ahí que el mismo Tribunal haya declarado su competencia para evaluar la compatibilidad constitucional de los Decretos Leyes, así como también ha considerado posible efectuar el control constitucional de normas derogadas.

En este último caso, el Tribunal manifestó- en su sentencia del 21 de setiembre del 2004- que “no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos y b) cuando- a pesar de no continuar surtiendo efectos- la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiere versado sobre materia penal o tributaria.”

Con respecto a los sujetos legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad, estos están referidos en el art.203 constitucional. Aquí se señalan: 1) El Presidente de la República 2) El Fiscal de la nación 3) El Defensor del Pueblo 4) El 25% del número legal de congresistas 5) 5 000 ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma cuestionada fuera una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas antes señalado 6) Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su concejo, en materia de su competencia y 7) Los colegios profesionales, en materia de su especialidad.

Este artículo constituyó un importante cambio constitucional con respecto a la Constitución de 1979, pues se amplió significativamente el número de sujetos legitimados para interponer la inconstitucionalidad, sin llegar a excesos como el caso colombiano, el cual concede la legitimación a cualquier persona.

A su vez, este cambio ha contribuido a que el número de demandas se haya incrementado respecto a las demandas interpuestas al anterior Tribunal de Garantías Constitucionales. Al respecto, señala ABAD YUPANQUI que el Tribunal de Garantías Constitucionales sólo conoció y resolvió 15 demandas de inconstitucionalidad entre los años 1983 a 1992, mientras que el actual Tribunal Constitucional, entre 1996 y agosto del 2004 había recibido ya 149 demandas de inconstitucionalidad¹⁰¹⁵.

Otro aspecto importante de la inconstitucionalidad está referido al plazo prescriptorio de la acción, que se encuentra contemplado en el art. 100 del CPCConst. Señala el Código que la demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contados a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencidos los plazos, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 51 y por el segundo párrafo del art. 138 de la Constitución. En este último punto, hace referencia específicamente al control difuso que aplica cualquier juez en caso de encontrar incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal.

Otra cuestión a tener en cuenta respecto del proceso de inconstitucionalidad es los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una Ley o una norma con rango de Ley. Sobre esta se refiere el art. 204 constitucional el cual señala que: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de su publicación, esta queda sin efecto.” Esto se reafirma en el art. 81 del CPC el cual señala: “Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de

¹⁰¹⁵ ABAD, S., *Constitución y Procesos Constitucionales*, Lima, Ed. Palestra, 2010, p. 71

inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos a partir del día siguiente de su publicación (...). Una excepción constitucional a la no retroactividad surge de la interpretación sistemática del citado art. 204 con el art. 103 constitucional, según el cual las leyes carecen de efectos retroactivos “salvo en materia penal cuando favorece al reo”. Por esta razón, cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma penal, la decisión tiene plenos efectos retroactivos.

Otro efecto de la sentencia de inconstitucionalidad es la declaración de inconstitucionalidad por conexidad de aquellas normas que la extienden, según lo señalado en el art. 78 del CPC. Esto ha sido aplicado en varias ocasiones por el Tribunal constitucional, en consideración del “origen inconstitucional” de las normas conexas.

También, el art. 82 del CPCConst. señala que las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente de su fecha de publicación. Tiene la misma autoridad el auto que declara la prescripción de la pretensión cuando haya vencido el plazo de seis años o seis meses en caso de tratados. El citado art. 82 señala también que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que esta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga en los plazos señalados en el CPCConst.

Además, señala el art. 83 del CPC que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad no conceden derechos a reabrir procesos constitucionales en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en los casos previstos en el segundo párrafo del art. 103 (en caso de favorecer al reo) y último párrafo del art. 74 constitucional (normas tributarias dictadas en violación a los principios constitucionales).

Concluye este artículo señalando que por la declaración de inconstitucionalidad de una norma, no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado.

Como consideración final vale hacer referencia a la figura de la inconstitucionalidad por omisión en la jurisdicción constitucional peruana. En efecto, la inconstitucionalidad por omisión no se encuentra prevista ni en la Constitución ni en el CPCConst del 2004. Sin embargo- al igual que en otros países- su desarrollo se ha dado dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y como consecuencia de una interpretación sistemática de la Constitución Política de 1993.

En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional se ha referido a la inconstitucionalidad por omisión legislativa total o parcial, en base a la consideración que los mandatos constitucionales deben ser desarrollados por el legislador para ser efectivos. La principal sentencia en la que el Tribunal Constitucional hace referencia a esta figura es en el Caso *Hoja de Coca*, en la STC 0006-2008-PI/TC. En aquella oportunidad, el Tribunal expresó:

“Es verdad que la Constitución de 1993 no contempla de manera expresa la posibilidad del control de las omisiones legislativas(...) no obstante, para el caso nuestro, el fundamento del control de las omisiones legislativas debe ubicarse no sólo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de constitucionalidad que se ha venido desarrollando en los últimos años y en el que el rol del Tribunal Constitucional ha sido de permanente colaboración con la actividad legislativa en un esfuerzo por sentar las bases del Estado Constitucional en nuestro país. Esta colaboración ha permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de 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.”¹⁰¹⁶

En una sentencia reciente, la STC 05427-2009-AC/TC, el Tribunal Constitucional se refirió a esta figura, en especial consideración cuando los mandatos constitucionales se refieren a derechos sociales:

“(…) La fundamentación de una obligación constitucional de desarrollo normativo de los mandatos positivos contenidos en el texto constitucional, tanto en consideraciones de la fuerza normativa de la Norma Fundamental, como en la eficacia inherente que toda disposición jurídica debe ostentar y la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado de Derecho a la exigencia de nuevas formas de Estado social y de nuevos derechos sociales como los derechos culturales, se profundiza en contextos como los nuestros donde la renuencia de las autoridades y funcionarios a sujetarse a los mandatos de la constitución puede originar verdaderas figuras de “fraude a la constitución” o “constituciones nominales”, que a lo único que conducen es al descrédito del modelo del Estado Constitucional de Derecho, las instituciones democráticas y el gobierno de las leyes(…) Este tribunal asume que (el desarrollo discrecional) de la competencia normativa no puede suponer tampoco una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por este u cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de grave y manifiesta inconstitucionalidad.”¹⁰¹⁷

Posteriormente, reafirma las razones que sustentan el control de omisiones legislativas, expuestas con anterioridad en la STC 0006-2008-PI/TC:

¹⁰¹⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0006-2008-PI/TC del 11 de junio del 2008, FJ.26

¹⁰¹⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONA PERUANO, STC 05427-2009-AC/TC del 30 de junio 2010, fj. 40

“a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución b) la reivindicación de la naturaleza “social” del Estado Constitucional, en el entendido de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales constitucionales en su labor de defensa de los que la Constitución ordena y e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales.¹⁰¹⁸”

El proceso de inconstitucionalidad ha venido a ser un mecanismo jurisdiccional eficaz para justiciabilizar derechos sociales en Perú, cuando estos son considerados no como derechos subjetivos, sino como normas objetivas de la Constitución; es decir, como parámetro de validez de la ley. En este sentido, la inconstitucionalidad ha significado su defensa ante una vulneración directa o indirecta por otra ley o norma con rango de ley o su defensa ante la falta de desarrollo garantista por parte del legislador.

5.4.4.3 Otras garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos sociales constitucionales por vía indirecta: el Hábeas Corpus y el Proceso de Cumplimiento

5.4.4.3.1 El Hábeas Corpus

El proceso constitucional de hábeas corpus es un mecanismo de protección judicial de la libertad personal. La Constitución de 1993 lo contempla en el

¹⁰¹⁸ Ídem, FJ 41.

art.200 inciso 1 donde reza que esta acción procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Además señala que- al igual que el amparo- no se suspenden durante los regímenes de excepción, tal como lo refiere el art. 137 constitucional. Asimismo, el art. 201 reconoce que el Tribunal Constitucional es competente para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias del hábeas corpus.

Como mecanismo jurisdiccional para la defensa de los derechos sociales constitucionales, el proceso constitucional de hábeas corpus ha sido utilizado para su garantía por la vía indirecta; es decir, para su protección a través de los derechos constitucionales protegidos por este proceso constitucional.

Los derechos tutelados por este procedimiento están enunciados en el art.25 del Código Procesal Constitucional del 2004. Con respecto a los derechos sociales constitucionales, importa resaltar que este procedimiento tutela en especial dos derechos que- en la práctica- han servido al Tribunal Constitucional para justiciabilizar por vía indirecta derechos sociales. Estos derechos son: 1) el mencionado en el art.25 inc. 1, la integridad personal y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes y 2) el mencionado en el art. 25 inc. 17, referente al derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o pena.

Al resaltar estos derechos no descartamos que se utilice este procedimiento para tutelar derechos sociales fundamentales por su relación con otros de los derechos mencionados en el art. 25 del CPC del 2004, siempre que la vinculación con el derecho social constitucional sea desarrollada por el Tribunal Constitucional en la sentencia y se resalte la importancia de la tutela del derecho a la libertad individual o derecho conexo para la garantía del derecho social constitucional en cuestión.

En ocasión a la sentencia cursada sobre el expediente 1429-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional justiciabilizó el derecho a la salud por medio de un Hábeas Corpus, en vista a la relación de este derecho social con el derecho a la integridad personal y a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos y humillantes.

En esta sentencia, el Tribunal examinó si las condiciones de reclusión, detención o internamiento de treinta y cuatro internos trasladados al Establecimiento Penal de Challapalca resultaban lesivas de los derechos fundamentales o contrarias a los principios constitucionales. Si bien determinó que no era posible determinar a priori el derecho que pueda resultar implicado en tales casos, señaló que debe tenerse en cuenta que- en principio- el análisis debe centrarse en los derechos a la vida, a la integridad, a la salud, a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, a la dignidad e incluso, a la contravención de principios constitucionales que incidan negativamente en la situación de estas personas.

Finalmente, afirmó que en los casos en que sufran lesión alguno de los derechos constitucionales antes mencionados, el denominado hábeas corpus correctivo es la vía idónea para la protección que corresponda.

5.4.4.3.2 La acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento se encuentra prevista en el art. 200 inc.6 de la Constitución de 1993 la cual establece que esta acción procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. El objeto de este proceso es el control de la inactividad administrativa, que se produce

cuando la autoridad o funcionario se muestra renuente a acatar un mandato que se encuentra obligado a cumplir.

El Código Procesal Constitucional del 2004 desarrolla este precepto en el art. 66 donde se señala que el objeto del proceso de cumplimiento es ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) de cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme o 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenen emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

Sobre esto, ha expresado el Tribunal Constitucional que en el proceso de cumplimiento no solo se examina: a) si el funcionario o autoridad pública ha omitido cumplir una actuación administrativa debida que es exigida por un mandato contenido en una ley o en un acto administrativo; sino, además, b) si este funcionario o autoridad pública ha omitido realizar un acto jurídico debido, ya sea que se trate de la expedición de resoluciones administrativas o del dictado de reglamentos, de manera conjunta o unilateral. Así señala el Tribunal que:

“Como es de verse, el proceso de cumplimiento sirve para controlar la inacción de los funcionarios o autoridades públicas, de modo tal que se puedan identificar conductas omisivas, actos pasivos e inertes o la inobservancia de los deberes que la ley les impone a estos funcionarios y autoridades públicas, y, a consecuencia de ello, se ordene el cumplimiento del acto omitido o el cumplimiento eficaz del acto aparente o defectuosamente cumplido, y se determine el nivel de responsabilidades, si las hubiere. Y es que en virtud del principio de legalidad de la función ejecutiva, los agentes públicos deben fundar todas sus actuaciones en la normativa vigente. “El principio de ‘vinculación positiva de la Administración a la Ley’ exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que, partiendo de este, pueda derivársele como su cobertura o desarrollo necesario. El marco

normativo para la administración es un valor indisponible, motu proprio, irrenunciable ni transigible¹⁰¹⁹”.

Evidentemente, en el ámbito de la Administración Pública, las actuaciones de los funcionarios y autoridades públicas deben desarrollarse dentro del marco normativo establecido en la ley y en la Constitución- marco que contiene sus competencias así como los límites de su actuación-; por lo que resultan arbitrarias aquellas actuaciones que deliberadamente omitan el cumplimiento de un mandato contenido en una ley o en un acto administrativo, omitan expedir resoluciones administrativas o dictar reglamentos, o cumplan aparente, parcial o defectuosamente tales mandatos.

También en relación con la adecuación de la actuación de la Administración Pública a la Constitución y a la Ley, se encuentra el imperativo de que tales funcionarios y autoridades cumplan los respectivos mandatos dentro de los plazos asignados bajo responsabilidad de ley; y que, de no encontrarse fijados tales plazos, los mandatos se acaten dentro de un plazo razonable y proporcional, debiendo tenerse siempre en consideración el nivel de urgente atención que requieren determinados derechos- principalmente los fundamentales- que pueden resultar afectados por el incumplimiento de los mandatos .

Con relación a la protección jurisdiccional que otorga el proceso de cumplimiento a los derechos sociales, ha señalado el Tribunal Constitucional- con oportunidad en la STC 2002-2006- AC/TC y con referencia al derecho a la salud- que la protección indirecta que se otorga a un derecho social constitucional mediante el proceso de cumplimiento procederá:

“(...) siempre y cuando exista un mandato claro, concreto y vigente contenido en una norma legal o en un acto

¹⁰¹⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 2002-2006-AC/TC del 12 de mayo del 2006.

administrativo, mandato que precisamente se deberá encontrar en una relación indisoluble con la protección del referido derecho fundamental.”¹⁰²⁰

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional justiciabilizó por medio de un proceso de incumplimiento, el derecho a la salud en relación con el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado en la cual ordenó a diversos órganos estatales- entre ellos el Ministerio de Salud- a acatar los mandatos constitucionales referidos a la salud y la protección del medio ambiente así como una serie de leyes de desarrollo vinculados a tales derechos.

5.5 Los mecanismos de justiciabilidad para la garantía de los derechos sociales fundamentales desarrollados por el Tribunal Constitucional Peruano en el periodo comprendido entre los años 2002-2008

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, una de las acepciones que se le da a la palabra “mecanismo” es la de “estructura de un cuerpo natural o artificial, y combinación de sus partes constitutivas¹⁰²¹”. En esta investigación tomamos este significado y lo adecuamos a nuestro objeto para analizar la estructura de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano en materia de derechos sociales y la forma como la combinación de sus elementos constitutivos originan mecanismos de justiciabilidad de estos derechos. Para ello, nos centramos en un elemento especial de la sentencia, lo que hemos llamado “generador de justiciabilidad”, que es el elemento esencial a través del cual el

¹⁰²⁰ Ídem, FJ.18

¹⁰²¹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Significado de la palabra “mecanismos” el día 27/04/2014, <http://www.rae.es/>.

Tribunal Constitucional va a construir la argumentación de su sentencia para determinar la justiciabilidad del derecho.

En base al “generador de justiciabilidad”, los mecanismos se van a diferenciar entre sí. Para fines clasificatorios, se han tenido en cuenta otros dos elementos constitutivos de las sentencias: 1) el proceso del que derivan y 2) el efecto directo o indirecto de la justiciabilidad. En este sentido, podemos señalar que cada uno de estos “mecanismos de justiciabilidad” que aquí se expondrán, se componen de la combinación de estos tres elementos en la estructura de las sentencias analizadas. Sin embargo, será el elemento “generador de justiciabilidad” el que determinará la naturaleza del mecanismo y nos permitirá distinguir los diversos mecanismos entre sí.

5.5.1 La justiciabilidad de los derechos sociales constitucionales en sentencias emitidas en procesos constitucionales de la libertad

5.5.1.1 Justiciabilidad Directa

5.5.1.1.1 Justiciabilidad del derecho social constitucional como derecho subjetivo en aplicación de su contenido constitucionalmente protegido

La primera sentencia a analizar es el conocido caso *Anicama Hernández*, STC 1417-2005-AA-TC. El objeto de este agravio constitucional contra el ONP¹⁰²² es la solicitud de la nulidad de la Resolución emitida por la entidad, por considerar que vulnera el derecho fundamental a la pensión del agraviado, toda vez que resolvió denegar la solicitud de pensión de jubilación

¹⁰²² Oficina Nacional de Pensiones

adelantada. Esta sentencia viene a ser paradigmática en la jurisprudencia del TC por ser la primera vez en la que éste se manifiesta sobre la protección del derecho a la pensión, determinando los supuestos de su exigibilidad a través del proceso constitucional de amparo. Al respecto, señala:

“Reconocer que el proceso de amparo sólo procede en caso de afectación directa de los derechos fundamentales (expresos o implícitos), implica, ante todo, determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión reputada de inconstitucional, en efecto, incide sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho”¹⁰²³

Dicho esto, pasa a analizar el sustento constitucional directo del derecho a la pensión y determinar su contenido constitucionalmente protegido a través de la aplicación del “bloque de constitucionalidad”. Producto de este análisis, delimita las pretensiones que son susceptibles de ser exigidas por medio del proceso de amparo, por pertenecer al contenido esencial del derecho a la pensión o estar directamente vinculadas con él:

“Por esto, se señala los supuestos que constituyen el contenido esencial del derecho a la pensión los cuales son: a) En primer término, 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 permita dar inicio al periodo 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 demandado cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social b) En segundo lugar, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así será objeto de protección por vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona

¹⁰²³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1417-2005-AA/TC, sentencia del 8 de julio del 2005, FJ. 8

el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla, o de una pensión de validez, presentados los supuestos legales para su procedencia. C) También forma parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un “mínimo vital”, para lo cual el TC toma como referencia la “pensión mínima” legal d) Asimismo, aunque *prima facie* las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no formen parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias si 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”¹⁰²⁴.

Aunque no lo señala como contenido mínimo esencial, el TC afirma que también serán objeto del proceso de amparo los supuestos en los cuales se afecte el derecho a la igualdad como consecuencia de distinto tratamiento - en la ley o aplicación de la ley- que dicho sistema dispense a personas que se encuentren en situación idéntica o sustancialmente análoga. Señala que:

“En relación con el derecho a la pensión, el derecho a la igualdad es un derecho relacional que 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”.¹⁰²⁵

En el caso *Anicama*, la justiciabilidad del derecho al acceso a la pensión se da por vía directa a través de la verificación de que el derecho lesionado forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho genérico a la pensión. Respecto a la vulneración del derecho a la pensión en este caso concreto, señala:

¹⁰²⁴ Ídem, FJ 37

¹⁰²⁵ Ídem, FJ 37

“En tal sentido, (el demandante) ha acreditado que reúne todos los requisitos legales exigidos para la percepción de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal reclamada y consiguientemente, se ha desconocido arbitrariamente el derecho constitucional a la pensión que le asiste, por lo que la demandada deberá reconocer su derecho a la pensión de jubilación y disponer su percepción desde la fecha en la que se verifica el agravio constitucional, es decir, en la fecha de la apertura del expediente n° 01300311802 en la que consta la solicitud de pensión denegada.”¹⁰²⁶

Una vez determinado jurisprudencialmente el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión susceptible de ser exigido por vía directa a través del proceso de amparo, el TC establece el fundamento jurídico 37 del caso *Anicama Hernández* como precedente vinculante, lo cual facilita la exigibilidad judicial del mencionado derecho por parte de los demandantes y su justiciabilidad por parte de los tribunales ordinarios y del mismo TC.

Esta situación se evidencia en otro caso, referido a la protección del derecho a las prestaciones pensionarias por la solicitud del otorgamiento de una renta vitalicia por enfermedad profesional. En la sentencia 10087-2005- PA-TC¹⁰²⁷, el TC, después de analizar la eficacia directa horizontal de los derechos fundamentales y determinar la inaplicabilidad de un Convenio Arbitral para solucionar los conflictos derivados del ejercicio del derecho a la pensión,

¹⁰²⁶ Ídem, Punto resolutivo 1.

¹⁰²⁷ Con fecha 15 de noviembre del 2004, Alipio Landa interpone demanda de amparo contra RIMAC SEGUROS solicitando que se le otorgue renta vitalicia por padecer de enfermedad profesional conforma al art. 82 del Decreto Supremo 009-97-SA, el Reglamento de la Ley n°26790 y el capítulo VII del DS n°003-98-SA. Manifiesta que ha laborado en la en la empresa minera Shougang Hierro Perú S.A. y como consecuencia de sus labores , padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución, por lo que le corresponde la pensión solicitada. El demandante interpone un recurso de agravio constitucional contra la sentencia de la Sala civil que deniega el amparo y declara fundada la excepción de arbitraje interpuesta por la demandada, en atención al art. 91 del DS 009-97-SA que dispone el sometimiento de los afiliados del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo al Reglamento de Arbitraje y solución de controversias de las Entidades Prestadoras de Salud, además de señalar que para dilucidar la pretensión, se requiere la actuación de medios probatorios, de la que carece el proceso de amparo.

pasa a analizar si la demandada ha vulnerado el derecho a las prestaciones pensionarias al denegar al demandante la renta vitalicia solicitada por sufrir de enfermedad degenerativa derivada de sus labores como empleado minero.

En el presente caso, el TC justiciabiliza el derecho a las prestaciones pensionarias aplicando su propio precedente vinculante recaído en las STC 1417- 2005-AA-TC, donde refiere al mencionado derecho como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho genérico a la pensión. Además aplica el precedente de la sentencia 1008-2004- AA-TC, donde se determinan los criterios para el otorgamiento de la renta vitalicia por enfermedad profesional, lo cual delimita aún más el contenido protegido del mencionado derecho en la Constitución. Refiere:

*“(…)Al considerar que la pretensión del recurrente, el cual solicita que se le otorgue pensión de invalidez conforme a la Ley n° 26790 y el DS n°009-97-SA por padecer de neumoconiosis en segundo estadio de evolución, se encuentra comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA en el que se ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho. Además, en la STC 1008-2004-AA-TC se han precisado los criterios para otorgar la renta vitalicia por enfermedad profesional, determinando el grado de incapacidad generado por la enfermedad según su estadio de evolución, así como la procedencia del reajuste del monto de la renta percibida conforme se acentúa la enfermedad y se incrementa la capacidad laboral”.*¹⁰²⁸

Seguidamente, el TC procede a analizar la legislación vigente para verificar si se han cumplido o no con los requisitos para que al recurrente se le pueda otorgar la pensión vitalicia por enfermedad profesional. Después de verificar

¹⁰²⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1008-2004- AA-TC del 18 de diciembre del 2007, fj. 10.

los supuestos, el TC pasa a reconocer el derecho y declarar fundada la demanda. Así manifiesta:

“(…) Advirtiéndose de autos que el demandante estuvo protegido durante su actividad laboral por los beneficios del Decreto Ley n°18846, le corresponde gozar de la prestación estipulada por su norma sustitutoria (DL N° 26790) y percibir una pensión de invalidez permanente parcial equivalente al 70% de su remuneración mensual, en atención a la incapacidad orgánica funcional que padece a consecuencia de la neumoconiosis en segundo estadio de evolución.”¹⁰²⁹

Finalmente, el TC declara infundada la excepción de arbitraje planteada por la demandada y fundada la demanda, a la vez que ordena a la aseguradora RIMAC SEGUROS S.A. que le otorgue al demandante la prestación económica que le corresponde conforme a la Ley, con el abono de devengados, intereses legales y costos procesales.

La justiciabilidad directa del derecho social a través de la verificación de la lesión de su contenido constitucionalmente protegido es el mecanismo que con mayor frecuencia ha aplicado el Tribunal Constitucional peruano para dar efectividad a los mandatos constitucionales de los derechos sociales contenidos en la Constitución de 1993. Este mecanismo funciona por el desarrollo, en una sentencia específica, del contenido constitucionalmente protegido del derecho social. Esto sirve al Tribunal Constitucional para delimitar jurisprudencialmente el contenido del derecho, los cuales por su naturaleza, suelen ser en su mayoría, indefinidos o indeterminados. La delimitación del contenido constitucionalmente protegido permite que el derecho tenga un aspecto judicialmente exigible por vía directa a través del proceso de amparo. Esto no obsta para que el Tribunal Constitucional observe, en supuestos concretos que lleguen a su conocimiento, otros aspectos del derecho social que también merezcan tutela, por lo que el

¹⁰²⁹ Ídem, F.J 18

Tribunal puede ampliar jurisprudencialmente el ámbito de protección de la norma constitucional. Esto demuestra que, al menos en el caso peruano, el derecho social no se limita a lo expresamente señalado en la Constitución, sino que requiere integración y adecuación al caso concreto.

Esto último lo podemos observar en el ejercicio jurisdiccional del TC en la sentencia recaída en la STC 3081-2007-PA/TC, en la cual el Tribunal se manifiesta sobre un amparo interpuesto contra ESSALUD, en el cual una madre solicita que se deje sin efecto la orden de alta de su hija, la misma que padece de esquizofrenia paranoide y que se le otorgue atención medica permanente e indefinida en dicho centro hospitalario, alegando que dicha orden de alta atenta contra el derecho a la salud de la paciente¹⁰³⁰.

En primer lugar, aquí se juticiabiliza el derecho a la salud mental al verificar el Tribunal que el acto ejecutado por Essalud afecta el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud de la paciente¹⁰³¹. Sin embargo, lo característico y novedoso de esta sentencia es que el TC no aplica mecánicamente el contenido constitucionalmente protegido, sino que lo contextualiza en la situación real del derecho a la salud mental en el Perú. Para ello, aplica el art. 13 de su propio Reglamento¹⁰³² y solicita la colaboración procesal de un *Amicus Curiae*, para poder conocer la realidad de la situación de la salud mental en las políticas públicas estatales y en la realidad peruana. Además, el TC busca tomar una decisión informada respecto al amparo analizado, para lo cual debe conocer la situación real de

¹⁰³⁰ Recurso de agravio constitucional interpuesto por R.J.S.A en su calidad de curadora de su señora hija contra sentencia que declara improcedente la demanda de amparo de autos. La recurrente interpone demanda de amparo contra Essalud, solicitando que se deje sin efecto la orden de alta de su hija, la misma que padece de esquizofrenia paranoide y que se le otorgue atención medica permanente e indefinida en dicho centro hospitalario, alegando que dicha orden de alta atenta contra el derecho a la salud de su hija. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 3081-2007-PA/TC del 9 de noviembre del 2007.

¹⁰³¹ El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud había sido ya previamente desarrollado en el caso *Meza García* (STC 2945-2003-AA/TC).

¹⁰³² REGLAMENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, art.13.

la salud mental de la paciente y los efectos que en ésta provocaría el alta médica y su reincorporación al entorno familiar y social.

Después de señalar la irreversibilidad de la enfermedad de la paciente, la necesidad de cuidados especializados para su supervivencia, de verificar la imposibilidad de que su anciana madre cuide de ella y del riesgo que sería darle el alta para ella y su familia, el especialista concluye que a pesar de que el sistema intramural está proscrito por el sistema internacional de protección de derechos humanos, la realidad del país es un obstáculo para alcanzar el mínimo que exigen los estándares internacionales. Esto debido a que, en el caso concreto, no se trata de una paciente con un entorno familiar que le garantice su recuperación sino todo lo contrario, se trata de un entorno familiar con graves carencias económicas, lo cual terminaría empeorando la situación de la paciente. Lo señalado por el especialista lleva al TC a observar lo siguiente:

“Esta situación impide una aplicación mecánica de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, pues ello supondría declarar que la paciente G.R.S. debe abandonar el nosocomio para integrarse a su entorno familiar y social, e implicaría el desconocimiento del caso concreto, del derecho a la salud, a la vida y a la dignidad de G.R.S. (...) Cuando la Constitución indica en su Cuarta DFT que los derechos constitucionales se interpretan de conformidad con los instrumentos internacionales, ello no supone equiparar el vocablo “conformidad” con “uniformidad”. Las decisiones de un Tribunal que tiene como misión la protección de los derechos humanos sólo tiene sentido si la aplicación de los estándares internacionales optimizan el derecho constitucional concreto. Pero si suponen un menoscabo – ya sea por razones socioeconómicas, políticas, presupuestarias, culturales- el juez constitucional está en obligación de llegar creativamente a una situación que suponga un estado de cosas más beneficiosa para la persona y su dignidad”¹⁰³³

¹⁰³³ Ídem, FJ 63.

Finalmente, el TC resuelve que es necesario que las autoridades del centro hospitalario donde se encuentra la paciente brinden de por vida las atenciones médicas necesarias para que no haya retrocesos en el nivel de desarrollo de la enfermedad de la cual adolece.

En definitiva, en los tres casos antes expuestos el TC ha justiciabilizado el derecho social como derecho subjetivo. El objeto de su análisis y finalmente, el elemento generador de justiciabilidad, ha sido la afectación del contenido constitucionalmente protegido del derecho social. Por tratarse los tres casos de sentencias derivadas de procesos de amparo, podemos afirmar que la justiciabilidad se ha dado de forma directa. Así, se comprueba la concurrencia de los tres elementos que caracterizan a este mecanismo en específico.

5.5.1.1.2 Justiciabilidad del derecho social como derecho subjetivo donde se declara la inconstitucionalidad de una norma en el caso concreto

Este mecanismo de justiciabilidad se caracteriza por el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de leyes en el caso concreto materia de amparo. Aquí, el Tribunal Constitucional observa que la aplicación de una norma vulnera derechos sociales constitucionales en un determinado supuesto- por lo que la inaplica- declarando su inconstitucionalidad para evitar la afectación del derecho social. El ejercicio del control difuso de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional es exigido por la misma Constitución y obedece a la función interpretadora e integradora confiada a esta Institución.

Un ejemplo de la aplicación de este mecanismo recae sobre la STC 1124-2001-AA/TC, Caso *Trabajadores de Telefónica del Perú*, donde el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de manifestarse por primera vez sobre la aplicación de las normas laborales derivadas del modelo económico neoliberal, a través del cual se flexibilizó los derechos laborales en pro del incentivo de una economía liberal de mercado.

Esta sentencia está referida a un amparo interpuesto por Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú, donde los demandantes exigían que la empresa se abstenga de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores afiliados a sus sindicatos, en virtud de la aplicación de un ilegal Plan de Despido masivo, contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos. En esta sentencia, el TC delimitó la controversia en determinar si el acto de despido cuestionado resulta lesivo o no de los derechos a la libertad de sindicación y el derecho al trabajo.

La demandada alegó la legalidad de los despidos masivos en virtud de la aplicación de una disposición normativa diseñada para favorecer la libertad de empresa y de contratación. Entonces, Telefónica del Perú habría actuado sobre la base de lo establecido en el artículo 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Comprobada esta situación, el TC señaló que- para poder determinar si el acto de despido masivo afectó o no los derechos sociales demandados- primero debía verificar la constitucionalidad o no del dispositivo normativo aplicado por la demandada.

Después de analizar el marco normativo-constitucional del derecho a la libertad de sindicalización y del derecho al trabajo conjuntamente con la aplicación de los principios constitucionales en materia de derecho laboral y

el mandato de protección contra el despido arbitrario, al TC le correspondía determinar si el citado art. 34 de la Ley de productividad y competitividad laboral respetaba el contenido esencial de los citados derechos constitucionales. Hecho el examen, el TC determina que:

“(…) el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. *Dicha disposición es incompatible con la Constitución*, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

a. El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.

b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° ("República" "social") y 3° de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.

c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara

libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional.”¹⁰³⁴

Consecuentemente, decide aplicar el control difuso en este proceso constitucional de amparo. Sin embargo, afirma que no es un ejercicio simple, requiriéndose, para que la inaplicación sea válida, de la comprobación de tres supuestos: 1) que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional 2) que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso y 3) que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución. Luego de verificar la concurrencia de estos presupuestos, en este caso concreto, sostiene el TC:

“En el presente caso, se cumplen los tres presupuestos: a) el acto de despido realizado por el empleador se sustenta en la norma contenida en el citado artículo 34^o (segundo párrafo); b) la constitucionalidad o no de esta norma es relevante para la resolución del proceso debido a que los despidos tienen como fundamento el artículo 34^o (segundo párrafo); y, finalmente, c) el hecho de que no es posible interpretar el citado artículo de conformidad con la Constitución, pues resulta evidentemente inconstitucional, conforme se sostuvo líneas arriba.”¹⁰³⁵

Finalmente, el TC resuelve declarando fundada la acción de amparo e inaplicable el artículo 34^o, segundo párrafo, de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, así como ordena la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A. y dispone que dicha empresa se abstenga de continuar con el ejercicio de lo establecido por el citado artículo 34^o por su incompatibilidad con la Constitución, respecto de los afiliados que continúan trabajando.

¹⁰³⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1124-2001-AA/TC del 11 de julio del 2002, FJ. 12.

¹⁰³⁵ Ídem, FJ.13.

En conclusión, en el presente caso el TC ha justiciabilizado el derecho social como derecho subjetivo, independientemente que se haya ejercido a través de un sindicato de trabajadores. El objeto de su análisis y finalmente, el elemento generador de justiciabilidad, ha sido la inaplicación de una norma que afecta el derecho social constitucional en el caso concreto. Por ser la presente sentencia producto de un proceso constitucional de amparo donde los derechos invocados fueron el derecho al trabajo y el derecho a la libertad sindical, podemos afirmar que la justiciabilidad se ha dado de forma directa. Así, se comprueba la concurrencia de los tres elementos que caracterizan a este mecanismo en específico.

5.5.1.1.3 Justiciabilidad en sentencias sobre casos particulares donde se comprueba los efectos lesivos de una política pública y se tutela el derecho social con efectos erga omnes

Este mecanismo de justiciabilidad se caracteriza por los efectos que tiene la decisión del TC que- aun cuando la decisión es derivada de un proceso constitucional de amparo donde se reconoce el derecho subjetivo de un solo sujeto- los efectos que tiene esta sentencia se generalizan con respecto a otros sujetos que se encuentran comprendidos en la misma situación jurídica.

El Tribunal Constitucional- en ejercicio de las competencia concedidas por la Constitución de 1993- puede emitir este tipo de sentencias, en virtud a su función de intérprete constitucional. En efecto, la justiciabilidad se da respecto a un derecho social subjetivo. Sin embargo, la sentencia cambia el

status jurídico de otros sujetos, los cuales pueden acceder a la misma protección de la que goza el derecho social del primer demandante.

Ejemplo de ello se observa en la STC 1776- 2004-AA/TC- Caso “Desafiliación de AFP”- donde el TC analiza la posibilidad del retorno del Sistema Privado de Pensiones (SPP) al Sistema Nacional de Pensiones (SNP). En este caso, el TC se manifiesta sobre un amparo interpuesto por Víctor Morales contra la SBS¹⁰³⁶ y la AFP¹⁰³⁷ UNION VIDA¹⁰³⁸. El acto lesivo se habría producido con la falta de respuesta de la AFP y la denegatoria de evaluación por parte de la SBS de los documentos presentados por el demandante en los cuales solicita su traspaso al SNP, por no estar percibiendo aún pensión.

En esta oportunidad, partiendo del caso expuesto en la demanda y atendiendo que se trata de una problemática generalizada de los pensionistas que alguna vez pertenecieron al Sistema Nacional de Pensiones y ahora forman parte del Sistema Privado de Pensiones, el TC decide manifestarse sobre la posibilidad constitucional del retorno al SNP, en atención a las exigencias constitucionales del derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias. En este sentido señala el TC:

“El interés del pensionista demandante para desafiliarse libremente de las AFP, o mejor dicho, del debate reinante sobre el retorno del SPP al SNP, debe ser contrastado con lo que la norma fundamental señala básicamente en su art.11. Por tal razón, *la presente sentencia se aboca a dar una respuesta constitucional a tal situación*, pese a existir ya cierta jurisprudencia sobre la materia. La difícil situación existente es

¹⁰³⁶ Superintendencia de Banca y Seguros.

¹⁰³⁷ Administradora de Fondo de Pensiones.

¹⁰³⁸ Recurso extraordinario interpuesto por Víctor Morales Medina contra resolución que declara improcedente la demanda de amparo de autos inetrpuesta por el demandante contra SBS y AFP Union vida por la vulneración de su derecho al libre acceso al SNP. La violación se configura en el acto de no admitir a evaluación por parte de la SBS del documento por el que solicita su traspaso del SPP al SNP, pues a pesar de haber cumplido con requisitos, aun no percibe pensión.

fácilmente reconocida tanto a través del alto número de demandas de amparo presentadas como gracias al interés congresal en dictar una ley para solucionarla (...) Por tal razón, pasamos a explicar si es factible el retorno al SNP, previa determinación de la procedencia del pedido realizado. Para ello, se tomará como línea de análisis el derecho a la pensión.¹⁰³⁹”

Justifica la posibilidad constitucional del “retorno” del SPP al SNP, debido a las circunstancias en las que se dio la afiliación masiva al SPP en los años '90, a causa de una política de gobierno a favor de la capitalización de las pensiones. En este contexto, debido a la promoción gubernamental para el traslado del SNP al SPP, se produjeron una serie de irregularidades, lo que habría llevado a la confusión de los usuarios. Manifiesta el TC:

“Se promovió la generación de un sistema paralelo (SPP) frente al entonces único estatal (SNP). Pero es innegable que fue el Estado el que en todo momento, conociendo la situación del SNP, propició las afiliaciones a las AFP. Es imperioso recordar la crisis en la que estaba sumergido el SNP, lo cual produjo el traslado indiscriminado y muchas veces, malinformado, hacia el SPP.¹⁰⁴⁰”

Por ello, recuerda el TC que ahora el Estado no puede desconocer su responsabilidad en las injustas situaciones derivadas de estos actos, aún más si el derecho a la pensión exige del Estado un especial deber de protección aun cuando su administración recaiga en privados:

“Frente a la existencia del rol asignado al Estado, se reconoce la existencia de un SPP, el mismo que incluye a las AFP como destinatario novedoso del derecho a la pensión(...) Las AFP son los nuevos responsables de la prestación exigida

¹⁰³⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1776- 2004-AA/TC del 26 de enero del 2007, FJ.1

¹⁰⁴⁰ Ídem, FJ. 20.

constitucionalmente, pero siempre el obligado principal de asegurar el acceso a la prestación es el Estado(...) Por decirlo así, el sistema pensionario no cambia la naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos. Sigue siendo el mismo tipo de prestación, de manera que el Estado, con relación al SPP, no sólo debe promocionarlo sino también ha de establecer las características y condiciones mínimas que no lo desvirtúe (...) Se deduce la necesidad de que este colegiado determine en la presente sentencia si existe o no la capacidad de retorno al SNP, toda vez que no puede aceptarse la afectación a un derecho fundamental, como es la pensión y el incumplimiento de funciones por parte del Estado y de las AFP¹⁰⁴¹”

En esta sentencia, el TC justiciabiliza el derecho a la pensión creando la figura del *retorno parcial*, donde integra las exigencias constitucionales del Estado social de Derecho con el contenido mínimo esencial del derecho al libre acceso a las prestaciones de pensiones. Al respecto, manifiesta el TC:

“A partir de los condicionamientos jurídicos, fácticos y económicos señalados, estimamos que con el reconocimiento del retorno parcial se está cumpliendo con el fin constitucional del libre acceso pensionario (...) Colegimos que la prohibición de retorno de modo irrestricto y en cualquier momento sin mayor expresión de causa del SNP al SPP no constituye algo razonable y en esa medida, no se encuentra conforme a los dispuesto por el art.11 de la Constitución, pero sí se justifica el retorno condicionado y con requisitos¹⁰⁴².”

De esta forma, el TC establece tres supuestos en los cuales una persona puede solicitar su retorno al Sistema Nacional de Pensiones: 1) si la persona cumplía con los requisitos exigidos para acceder a la pensión antes del cambio de sistema, en el entendido que la persona tendrá a su disposición un derecho que ya estaba en la esfera de su autonomía 2) si no existió

¹⁰⁴¹ Ídem, FJ 21.

¹⁰⁴² Ídem, FJ.35.

información para que se realizará la afiliación, donde el derecho a la pensión se relaciona con la vulneración al derecho a la información sobre bienes y servicios que se encuentra a su disposición en el mercado y 3) si se está protegiendo labores que impliquen un riesgo a la vida y a la salud, entendiendo que no se puede permitir la indefensión de los trabajadores que realicen labores en condiciones que impliquen riesgo para su vida y salud, cuando se trate de proteger su derecho a la pensión. Afirma el Tribunal que sólo en estos tres casos será fundada la demanda planteada de amparo, pues sólo ellos constituyen el respeto por el contenido esencial constitucionalmente protegido del derecho a la pensión.

Finalmente, declara fundada la demanda de amparo en el caso particular por vulneración al derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias. Por ende, ordena a la SBS y a la AFP el inicio- a partir de la notificación de la sentencia- del trámite de desafiliación.

En este mecanismo, el Tribunal centra su análisis en la determinación de la constitucionalidad o no de una política pública y la posibilidad de que los efectos de esta política estén generando situaciones que afecten derechos sociales constitucionales. Si bien es cierto que el análisis se origina a partir de un caso determinado el cual pone en conocimiento del Tribunal el hecho inconstitucional, el TC toma los supuestos de hecho de la demanda de amparo para manifestarse respecto de una situación de inconstitucionalidad generalizada, que afecta a varios sujetos por tratarse de una política pública cuyos efectos no se dan conforme a la Constitución.

Por ello, en esta sentencia podemos observar que el TC no se manifiesta sobre el caso concreto -el del demandante original- sino hasta el penúltimo folio de la sentencia, después de haber disertado largamente sobre la posibilidad constitucional del “retorno parcial” en el sistema pensionario peruano.

5.5.1.1.4 Justiciabilidad en sentencias sobre casos particulares donde se ha corregido la aplicación errónea de una norma legal o su inaplicación por parte de la Administración que vulnera un derecho social

A través de este mecanismo, el TC justicibiliza un derecho social corrigiendo una actuación impropia o una omisión por parte de la Administración Pública. En estos casos, la actuación de la Administración Pública afecta directamente derechos sociales constitucionales al aplicar erróneamente una norma o de plano, no aplicarla. La fundamental de este mecanismo es el hecho de que a través de su ejecución, el TC corrige la actuación inconstitucional de la Administración Pública, aplica debidamente la norma y restituye el derecho social.

En el supuesto de la aplicación errónea de una norma legal por parte de la Administración, el Tribunal aplicó este mecanismo en la STC 5658-2006-PA/TC¹⁰⁴³. En esta sentencia, el TC se manifiesta sobre el derecho al acceso a las prestaciones de salud exigido en un amparo contra ESSALUD por la emisión de una resolución que declara la pérdida del demandante de la calidad de asegurado facultativo independiente sin notificación previa y por la cual se le negó atención médica por atraso en el pago de sus aportes.

Lo característico de esta sentencia es que el Tribunal corrige la aplicación errónea por parte del ESSALUD de la disposición que le faculta la

¹⁰⁴³ Recurso de agravio constitucional interpuesto por Enrique Rosales Paredes contra Resolución que declara improcedente la demanda de amparo en autos. El demandante interpuso el amparo contra Essalud con el objeto que se deje sin efecto la resolución que declara la pérdida de su seguro facultativo independiente a partir de abril del 2004 por vulnerar su derecho a las prestaciones de salud y su derecho a la salud. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 5658-2006-PA/TC del 20 de diciembre del 2007.

declaración de pérdida de la calidad de asegurado facultativo independiente (art. 8 del DS 08-80-TR), a partir de la correcta interpretación y aplicación de las normas referidas al estatus jurídico del asegurado facultativo independiente y al régimen nacional de prestaciones de salud.

Así, en primer lugar, el TC afirma que los efectos ultractivos¹⁰⁴⁴ del Régimen de prestaciones de salud del Seguro Social del Perú¹⁰⁴⁵ no sólo son aplicables respecto a las prestaciones sino que alcanza incluso a las normas procesales¹⁰⁴⁶. En efecto, señala el TC que el tránsito de los asegurados de regímenes especiales del Régimen de Prestaciones de salud del Seguro social del Perú (DL 22482) al nuevo Régimen contributivo de la Seguridad Social no se dio de improviso sino que se vislumbró un periodo de tiempo en el cual los asegurados seguirían gozando de las prestaciones a través de la ultractividad de la ley:

“Este régimen transitorio creado para los beneficiarios de los regímenes especiales incluido el facultativo independiente, dispuso el goce del íntegro de las prestaciones por un periodo de cinco años luego del cual se acordarían nuevos contratos (...) Dicho periodo fue ampliado en sucesivas ocasiones “a fin de cautelar el ejercicio del derecho a la seguridad social de las personas incluidas en estos regímenes” concluyendo el 31 de diciembre del 2004. La protección brindada a este grupo de beneficiarios se tradujo en la continuidad del otorgamiento de las prestaciones del Régimen de Prestaciones de Salud del Seguro Social de Perú¹⁰⁴⁷. En dicho contexto, debe entenderse que *se generó la aplicación ultractiva de las normas que permitían el funcionamiento del sistema de seguridad social en salud, no solamente en el ámbito de las prestaciones, sino en todo lo concerniente a la efectividad del propio sistema*. En efecto, la articulación de la relación de seguridad social supone,

¹⁰⁴⁴ La ultractividad del citado régimen se da mediante la Segunda Disposición Transitoria del Reglamento de la Ley de Modernización Social en Salud.

¹⁰⁴⁵ RÉGIMEN DE PRESTACIONES DE SALUD DEL SEGURO SOCIAL DEL PERÚ, Decreto Ley 22482 del 27 de marzo de 1979.

¹⁰⁴⁶ REGLAMENTO DEL RÉGIMEN DE PRESTACIONES DE SALUD DEL SEGURO SOCIAL, Decreto Supremo 08-20-TR.

¹⁰⁴⁷ Ley del Régimen de prestaciones de salud (DL 22482) y su reglamento (08-80-TR).

además, el pago de las aportaciones, los supuestos de alta, de baja y el cumplimiento de otros requisitos previstos legalmente.”¹⁰⁴⁸

Dicho esto sobre la aplicación ultractiva del Régimen de Prestaciones de Salud del Seguro Social extensiva incluso a las cuestiones procesales relacionadas con las prestaciones de salud de este grupo de beneficiarios, el TC pasa a analizar la situación de los pagos de los aportes en el régimen transitorio y la recuperación de la condición de asegurado facultativo independiente:

“En casi siete años que los asegurados facultativos independientes pudieron acceder a las prestaciones de salud se produjo una situación de alcance general que incidió en la pérdida de la calidad de asegurado. Habiéndose establecido para el asegurado facultativo independiente que el aporte se efectuaría en función a la remuneración mínima vital, la variación de ésta por efecto del reajuste generó el pago de aportes por montos menores a los que correspondían (...) Ante tal situación se dictó la Resolución de Presidencia 114-PE-ESSALUD-2001 que estableció la posibilidad que los asegurados que hubiesen perdido tal condición por haber aportado por debajo de la remuneración mínima vital regularicen el pago de sus aportes con la aplicación de recargos, hasta el último día hábil de julio del 2001(...) Desde la creación de este régimen transitorio se produjeron tres reajustes de la remuneración mínima vital (...)se reajustó a s/.345 desde el 1 de setiembre de 1997(...) se incrementó a s/.410 desde el 10 de marzo de 2000 y(...) se reajustó a S/.460 desde el 15 de setiembre del 2003(...) Como puede observarse de lo indicado, la regularización solo comprendió a los desfases generados por los reajustes de los años 1997 y 2000 en tanto el plazo para efectuarla venció el último día hábil de julio del 2001.”

¹⁰⁴⁸Ídem, FJ. 13

Verificada esta situación, el TC manifiesta que las resoluciones emitidas por ESSALUD con la finalidad de permitir a los asegurados que hayan aportado por debajo de la remuneración mínima vital, regularizar sus aportes, debieron dictarse dentro de los alcances del art. 8 del Reglamento del Régimen de Prestaciones de Salud (08-80-TR), de *aplicación ultractiva en estos casos para beneficiar a los asegurados facultativos independientes*. Así señala el TC:

“Este colegiado considera, en virtud de lo expuesto en los fundamentos 13 y 14, que las resoluciones administrativas emitidas por Essalud que posibilitaron la regulación de aportes, *debieron permitir que ésta se realice dentro de los alcances del art.8 del Decreto Supremo 08-80-TR*, es decir, que al caducar el seguro por dejar de pagar aportaciones por un periodo de seis meses se podía recuperar la condición de asegurado abonando dieciocho meses por aportes y moras, debiendo cumplir además con el periodo de calificación para tener derecho a las prestaciones. Debe tenerse en consideración que si la finalidad de las sucesivas prórrogas del plazo que mantuvo vigente las prestaciones para los asegurados de los regímenes especiales, fue establecer una protección exclusiva a este grupo de beneficiarios es un contrasentido que la regularización de aportes por efecto del reajuste se haya previsto para algunos supuestos particulares y no conforme lo preveía la legislación pertinente y , sobre todo, no se haya extendido hasta la finalización del plazo de transición.”¹⁰⁴⁹

Al hacer el análisis del caso concreto, el TC acredita que el demandante fue privado de la condición de asegurado al producirse la variación de la remuneración mínima vital del 2003 y el consecuente pago de aportes en monto menor al establecido como producto del reajuste. Aquí, resalta el TC el error de aplicación de la norma cometido por Essalud en el acto administrativo de declaración de caducidad de la calidad de asegurado, en afectación de su derecho al acceso a las prestaciones de salud:

¹⁰⁴⁹ Ídem, FJ. 15-18

“La Resolución 092-SGAyA-GSA- GCSEG-GDA-ESSALUD-2004 declaró la caducidad del seguro del actor interpretando erróneamente el art.8, inc.a., del Decreto Supremo 08-80-TR, en el sentido que se produce la caducidad si el asegurado no efectúa el pago de los aportes “hasta el vencimiento de la séptima aportación” (sic). Tal afirmación no es correcta, puesto que lo dispuesto por el texto legal citado contempló la posibilidad de recuperar la condición de asegurado abonando hasta dieciocho aportaciones más las moras, es decir, cancelando los seis meses no pagados más el adelanto de un año de aportes y los recargos. Si bien lo que ocurrió en este caso fue la realización de un pago menor debido a la variación de la remuneración mínima vital, la tesis esbozada por Essalud para declarar la caducidad contravino lo dispuesto en el Decreto Supremo 08-80-TR, dado que dicha disposición permitía la regulación de los aportes no pagados (...) En consecuencia, habiéndose configurado una exclusión arbitraria del régimen de seguridad social que correspondía al demandante y con ello a las prestaciones de salud propias del sistema, este Colegiado considera que se ha producido la afectación del derecho a la seguridad social y del derecho a la salud.”¹⁰⁵⁰

En el caso analizado, el Tribunal justiciabiliza el derecho social al corregir la aplicación errónea por parte de Essalud del citado art. 8 del Reglamento del Régimen de Prestaciones de Salud, verificando que tal error afecta los derechos a las prestaciones de salud y el derecho a la salud. Aunque el Tribunal se manifiesta sobre una política pública en materia de prestaciones de salud, el generador de justiciabilidad en este caso concreto es la corrección de la actuación indebida de la Administración Pública. Entonces podemos observar aquí los elementos característicos de este mecanismo específico, justiciabilidad en caso particular y de forma directa además del ya mencionado generador de justiciabilidad.

5.5.1.1.5 Justiciabilidad del derecho social constitucional como derecho subjetivo

¹⁰⁵⁰ Ídem, FJ. 22 y 23

donde se detecta un vacío normativo y se integra constitucionalmente con el fin de tutelar el derecho social

Este mecanismo de justiciabilidad se caracteriza por que, a través de él, el TC integra constitucionalmente un vacío normativo con la finalidad de garantizar un derecho social exigido en un proceso constitucional de amparo. El vacío normativo genera una situación injusta con respecto al derecho social. Es por ello que el TC integra constitucionalmente el derecho social con la exigencia de las demás normas constitucionales y aplica los principios y valores ordenadores del Estado Social de Derecho. Con esta integración normativa-constitucional, el TC llena el vacío normativo con el fin de tutelar el derecho social y poner fin a la situación injusta que se generaba con el vacío.

Este mecanismo fue el que el TC aplicó con ocasión de la STC 09332-2006-PA/TC¹⁰⁵¹. Esta sentencia recayó sobre una demanda de amparo cuyo objeto fue el cese de la discriminación a la cual el demandante fue sujeto en su calidad de socio del Centro Naval del Perú. El demandante argumentó que el hecho de que la Administración se niegue a entregar un carné familiar a su hijastra contraviene el derecho a la igualdad del actor puesto que- según el recurrente- existen otros miembros de la Asociación a cuyos hijastros sí se les ha hecho entrega del carné familiar, reconociéndoles en el fondo los mismos derechos que a un hijo.

A pesar que el petitorio de la demanda versa sobre la protección- que a juicio del demandante- merece su derecho a la igualdad de trato en su calidad de

¹⁰⁵¹ Recurso de agravio constitucional interpuesto por Reynaldo Scholls Perez contra sentencia que declara infundada la demanda de amparo de autos. El recurrente interpone demanda de amparo contra el Centro Naval del Perú, solicitando que se otorgue a su hijastra, el carné familiar en calidad de hija y no un pase de invitada especial, por cuanto constituye una actitud discriminatoria y de vejación hacia el actor en su condición de socio, afectándose con ello su derecho a la igualdad. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 09332-2006-PA/TC del 30 de noviembre del 2007.)

socio, el TC reconduce el objeto de protección hacia el art.4 de la Constitución el cual versa sobre la protección especial que merece la institución familiar. Por ello, el TC observa necesario manifestarse, en primer lugar, sobre la problemática de las familias reconstituidas y su tratamiento en la legislación nacional. Es en este punto donde el TC observa el vacío que requiere integración constitucional. Al respecto manifiesta:

“Los hechos del caso, no obstante, plantean cuestiones de suma relevancia como son los límites de la auto organización de las asociaciones recreativas frente a la problemática de lo que en doctrina se ha denominado familias ensambladas, familias reconstituidas o reconstruidas. Es por ello que a fin de dilucidar la presente acción, *se tendrá que superar el vacío que se observa en la legislación nacional sobre la materia*¹⁰⁵².”

El TC considera que la institución familiar debe adaptarse a los nuevos tiempos y a los cambios de la sociedad, por lo cual debe contemplar modelos de familia distintos al modelo clásico familiar nuclear. Mediante este razonamiento, el TC pretende ampliar el ámbito de protección de la norma a familias distintas al modelo familiar tradicional. Señala:

“Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado “familias reconstituidas”¹⁰⁵³”

¹⁰⁵² Ídem, FJ.2

¹⁰⁵³ Ídem, FJ.7

Por su propia configuración, estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida. Uno de estos problemas es la figura del hijastro, la cual no se encuentra regulada en la legislación nacional. Para el Tribunal, sin embargo, esto no obsta para reconocerle su importancia como miembro de este nuevo núcleo familiar, en base a la protección constitucional otorgada a la familia. Al respecto el TC señala:

“No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.”¹⁰⁵⁴

Afirmando que estamos ante un modelo de familia protegido por la Constitución, el TC considera que debe aplicarse el principio de igualdad de los hijos en la familia, reconocido en el art.6 constitucional, razón por la cual no debe hacerse distinción entre ellos:

“Tomando en cuenta todo ello es de interés recordar lo expuesto en el tercer párrafo del artículo 6.º de la Constitución, que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de identidad (...)Este Tribunal estima que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, tal diferenciación deviene en arbitraria y contraría a los postulados

¹⁰⁵⁴ Ídem, F.J.11

constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia. En efecto, tal como se ha expuesto, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad familiar. Cabe anotar que por las propias experiencias vividas por los integrantes de este nuevo núcleo familiar –divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores– la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia.”¹⁰⁵⁵

Finalmente, el TC comprueba que, en el presente caso, la demandada ha vulnerado el derecho a fundar una familia y a su protección (art.4), al negarse el carné de la asociación a la hijastra por desconocerse su calidad de hija y diferenciarla respecto a los otros hijos dentro de su propio núcleo familiar. Considera de especial importancia proteger a este tipo de familias por la fragilidad de la identidad familiar. Señala el TC:

“A la luz de lo expuesto sobre la tutela especial que merece la familia –más aún cuando se trata de familias reconstituidas en donde la identidad familiar es muchos más frágil debido a las propias circunstancias en la que estas aparecen–, la diferenciación de trato entre los hijastros y los hijos deviene en arbitraria. Así, de los actuados se infiere que existe una relación estable, pública y de reconocimiento, que determina el reconocimiento de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra. En tal sentido, si bien la Asociación argumenta que la medida diferenciadora se sustentó en la normativa interna de la Asociación, emitida en virtud de la facultad de auto organizarse, esta regla colisiona con el derecho a fundar una familia y a su protección”.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵⁵ Ídem, F.J 13 y 14

¹⁰⁵⁶ Ídem, FJ. 23

Como es posible observar del presente caso analizado, el TC detecta el vacío normativo en la legislación familiar con respecto a la figura del “hijastro”. Posteriormente, interpreta el mandato de protección a la institución familiar y el derecho a fundar una familia actualizando su contenido y abarcando en el ámbito de protección del citado art. 4 a las llamadas “familias reconstituidas”. Observa que el vacío normativo genera una situación injusta con respecto a los hijos de este tipo de familias razón por la cual amplía el ámbito de protección del derecho social contenido en el art.4 hacia las familias reconstituidas y- respecto a estas- aplica el art.6 constitucional referente a la igualdad de los hijos en la familia.

Con esta integración, el TC concluye que los hijos de las familias reconstituidas tienen los mismos derechos y que no deben ser diferenciados entre sí, procediendo con este razonamiento a justiciabilizar el derecho social del demandante. Finalmente, el TC justiciabiliza el derecho a fundar una familia y a su protección en este caso concreto de forma directa, por vía de amparo.

5.5.1.2 Justiciabilidad Indirecta

5.5.1.2.1 Justiciabilidad a través del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva

Este mecanismo de justiciabilidad se caracteriza por darse de forma indirecta, donde el TC justiciabiliza el derecho social a través de la justiciabilidad de los derechos referidos a las garantías del debido proceso. En estos supuestos, el TC observa que se ha afectado el derecho social al no haberse respetado el derecho al debido proceso o a la tutela judicial efectiva. Así, fue aplicado en la sentencia recaída sobre el expediente 4232-2004-AA-TC¹⁰⁵⁷. En esta ocasión, el TC se manifestó sobre un amparo interpuesto por Larry Ormeño contra la Universidad Privada de Tacna con el objeto de que cesen los actos lesivos a sus derechos a la educación y formación profesional ejecutados por la demandada al no permitirle el ingreso al local universitario para poder tramitar su título profesional de abogado.

El TC procede a justiciabilizar el derecho a la educación superior del demandante de forma indirecta, el cual se vio afectado por el desconocimiento del debido proceso administrativo sancionador por parte de la demandada. Para ello, primero analiza el contenido esencial del derecho a la educación en el marco del Estado social de Derecho, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación superior así como los límites de la autonomía universitaria cuando se encuentra frente a derechos fundamentales. Finalmente, observa que se vulneró el debido proceso administrativo sancionador en las dimensiones de la sanción interpuesta por la Universidad demandada al alumno.

¹⁰⁵⁷ Recurso extraordinario a la acción de amparo interpuesto por Larry Ormeño Cabrera contra la Universidad Privada de Tacna con el objeto de que cesen los actos lesivos a sus derechos a la educación, formación profesional e igualdad ante la ley. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 4232-2004-AA-TC del 3 de marzo del 2005.

Desde el desarrollo general del contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional a la educación, el TC especifica el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación superior, el cual es objeto de la demanda de amparo. Esto con el fin de determinar si la actuación de la demandada se ha dado dentro de los parámetros de protección de este derecho fundamental o si ha sido desmedida y por tanto, el derecho ha sido afectado. Señala el TC:

“El derecho fundamental a la educación universitaria no solo garantiza, entre otros, el derecho de acceso a la universidad en condiciones de igualdad, sino también el derecho a permanecer en ella libre de limitaciones arbitrarias mientras se desarrolle el estudio y la actividad de investigación, e incluso el derecho a la obtención del respectivo título universitario una vez cumplidos los requisitos académicos y administrativos correspondientes. En el caso de los graduados, su permanencia en la comunidad universitaria se encuentra relacionada, principalmente, con el ejercicio de su derecho constitucional a la libertad científica “en” la comunidad universitaria, la que se va a manifestar en el acceso a los locales universitarios o facultades, uso de las aulas, ambientes o servicios con el objeto de desarrollar o fomentar talleres, seminarios, conferencias u otras formas de debate académico; asistir como alumno libre a los cursos de su interés, el acceso a las bibliotecas u otros centros de información, entre otros¹⁰⁵⁸.”

Posteriormente, el TC pasa a analizar la garantía institucional de la autonomía universitaria, pues sostiene la demandada que la sanción al alumno- la prohibición de su ingreso al local universitario se dio dentro de los límites a la que esta garantía institucional refiere. Al desarrollar el contenido constitucionalmente protegido de la autonomía universitaria, el TC sostiene que la Constitución la protege como una garantía institucional, la cual se encuentra protegida por el nexo entre ésta y el derecho a la educación

¹⁰⁵⁸ Ídem, FJ. 21

universitaria y a la libertad de cátedra. Sin embargo, sostiene que esta autonomía no otorga a estos órganos un ámbito de autosuficiencia que esté desconectado del resto de disposiciones constitucionales:

“De este modo, teniendo en cuenta el art. 18 de la Constitución, debe precisarse que el contenido constitucionalmente protegido de la garantía institucional de la autonomía universitaria se encuentra constituido, prima facie, por el conjunto de potestades que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se han otorgado a la Universidad, con el fin de evitar cualquier tipo de intervención de entes extraños en su seno. Con ello se consagra como pendón la libertad académica, ante los posibles embates del poder político (...) Pero, es necesario precisar que esta libre iniciativa para realizar actividades educativas no implica, de modo alguno, la concesión, a favor de persona natural o jurídica que la ejerza, de un ámbito que se encuentre desvinculado de las disposiciones constitucionales, de los principios y fines del proceso educativo y de las políticas generales que en materia de educación haya fijado el Estado, pues como ya se ha mencionado ampliamente, la educación se constituye también como un servicio público y como tal, exige una activa participación del Estado para su eficaz realización¹⁰⁵⁹.”

Por ello, señala que las sanciones que impongan las universidades- en ejercicio de su propia autonomía universitaria- tienen que encontrar su límite en el respeto del contenido esencial del derecho a la educación superior y los demás derechos recogidos en la Constitución. Entre estos derechos se encuentra el derecho al debido proceso administrativo sancionador que- en el caso de autos- cobra vital importancia, por tratarse de una sanción que limita el ejercicio del derecho a la educación superior o derechos conexos del alumno sancionado.

“Finalmente, cabe destacar que si bien el incumplimiento de determinados requisitos impuestos razonablemente por las universidades puede ser objeto de tratamientos disciplinarios o

¹⁰⁵⁹ Ídem, FJ. 30

imposición de sanciones, estos sólo serán válidos siempre y cuando guarden un escrupuloso respeto de las garantías que componen el derecho al debido proceso en sede administrativa y, además, sean proporcionales a la falta cometida (...) En tal sentido, si bien los mencionados art. 57 inc. 19 y 59 de la Ley 23733, posibilitan que las universidades puedan aplicar sanciones como la amonestación, suspensión y separación, que evidentemente limitan el ejercicio del derecho fundamental a la educación universitaria o derechos conexos, deben ejercer tales competencias, como se ha mencionado, con estricto respeto del derecho al debido proceso, del principio de legalidad y de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”¹⁰⁶⁰

Finalmente, el TC declara fundada la demanda de amparo y ordena a la Universidad Privada de Tacna que disponga el ingreso del recurrente a los locales universitarios. Su decisión se fundamenta al comprobar que no existió ninguna resolución administrativa que, siguiendo las exigencias del debido proceso administrativo sancionador, haya resuelto la suspensión del ingreso del alumno al local universitario. Por esto, considera el TC que la actuación de la demandada ha sido arbitraria y excesiva y por ende, violatoria de los derechos al debido proceso administrativo y a la educación superior del alumno:

“Debe puntualizarse que la emplazada no ha acreditado en autos la existencia de una resolución administrativa que, atendiendo a las garantías del debido proceso, haya resuelto suspender el ingreso del recurrente a los locales universitarios, por lo que se debe precisar que, si bien la emplazada, en ejercicio de sus competencias y ante la comisión de actos que afecten o incidan sobre sus funciones, ya sean académicas o administrativas, puede adoptar medidas de naturaleza urgente o cautelar, limitando o restringiendo los derechos de los miembros que conforman la comunidad universitaria, estos no pueden generar, en todo caso, la indefensión de aquellas personas a quienes se imputan la comisión de tales acto(...) al impedirse la entrada del recurrente a la universidad no sólo se

¹⁰⁶⁰ Ídem, FJ.50

ha vulnerado su derecho a defensa, sino también su derecho a la educación, al no permitírsele realizar los trámites necesarios para la obtención de su título, toda vez que, como ya se ha expresado, el derecho a la educación universitaria también implica el derecho a la obtención del respectivo título universitario una vez cumplidos los requisitos académicos y administrativos correspondientes.”¹⁰⁶¹

Como se aprecia en esta sentencia, el TC ha justiciabilizado el derecho a la educación superior del demandante a través de la justiciabilidad del derecho al debido proceso administrativo sancionador. Aquí, la justiciabilidad se ha dado por vía indirecta a través de un proceso constitucional de amparo donde se ha reconocido el derecho al debido proceso como derecho subjetivo. El “generador de justiciabilidad” es, evidentemente, la tutela constitucional brindada por el TC al derecho al debido proceso administrativo sancionador del alumno, el cual fue afectado por la actuación inconstitucional de la demandada. A través de esta tutela constitucional, el actor fue resarcido en el ejercicio de su derecho a la educación superior al poder reingresar a los locales universitarios de la demandada a fin de tramitar su título profesional.

5.5.1.2.2 Justiciabilidad en aplicación del principio de interdependencia con respecto a los derechos civiles y políticos

¹⁰⁶¹ Ídem, FJ.55

A través de este mecanismo de justiciabilidad, el TC justiciabiliza el derecho social a partir de su interrelación con un derecho civil o político. Este ha sido el mecanismo más utilizado por el Tribunal a principios de su ejercicio jurisdiccional -en el año 2002- por ser el que menos complicaciones jurídicas y metodológicas le traía. Dentro de un paradigma jurisdiccional donde la tendencia era considerar a los derechos sociales como normas programáticas, este mecanismo le permitió abrir la brecha de la justiciabilidad directa de los derechos sociales en el constitucionalismo peruano, tal y como veremos en el análisis del siguiente caso.

El presente es el caso paradigmático del TC en materia de protección jurisdiccional de los derechos sociales en el Perú. En la sentencia recaída sobre el expediente 2945- 2003-AA/TC- caso “Meza García”¹⁰⁶²- el TC tuvo la oportunidad de manifestarse por primera vez sobre la naturaleza jurídica de los derechos sociales en la Constitución Peruana de 1993¹⁰⁶³. Lo hizo a través del análisis de un amparo donde justiciabilizó el derecho a la salud de la demandante, a partir de su interrelación con el derecho a la vida, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad.

En la citada sentencia, Azanca Meza García interpone acción de amparo contra el Ministerio de Salud, solicitando que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente de VIH. La demanda de amparo se fundamenta en lo dispuesto en los art. 7 y 9 constitucional, sobre la obligación estatal de garantizar el derecho a la salud y de diseñar la política

¹⁰⁶² Recurso extraordinario interpuesto por Azanca Meza contra sentencia que declara fundada en parte la acción de amparo de autos. La recurrente interpone acción de amparo contra el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Salud, solicitando que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente de VIH, la que deberá consistir en provisión constante de medicamentos para el tratamiento de la enfermedad, la realización de exámenes médicos y pruebas CD4 y carga viral. En virtud de lo dispuesto por el art. 7 y 9 de la Constitución así como el 7 de la Ley 26626, Ley del Plan nacional de Lucha contra el VIH. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, STC 2945- 2003-AA/TC del 20 de abril del 2004.)

¹⁰⁶³ Respecto al tema de la naturaleza jurídica de los derechos sociales en la Constitución de 1993, ya nos hemos expresado en el Capítulo II de la presente investigación. Por ello, no haremos aquí hincapié en este tema, sino que haremos referencia exclusivamente al análisis del mecanismo de justiciabilidad al que hacemos aquí referencia.

de salud para garantizar su acceso equitativo, así como también la aplicación el art. 7 de la Ley 26626, Ley del Plan nacional de Lucha contra el VIH.

A pesar de que el petitorio versa sobre la protección del derecho a la salud, el TC lo reconduce hacia la protección del derecho a la vida y a la integridad física, por la inseparable relación que hay entre estos derechos civiles con el mencionado derecho social¹⁰⁶⁴. En este aspecto, considera el TC que es una exigencia constitucional proteger el derecho a la salud en el presente amparo, toda vez que su desconocimiento afectaría gravemente los derechos civiles de la demandante:

“La salud es un derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de vida. Entonces, es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro del medio social¹⁰⁶⁵.”

A continuación, desarrolla el contenido del derecho a la salud el cual -a partir de la presente sentencia- servirá de parámetro para determinar los casos que pueden demandarse vía acción de amparo, siempre por el vínculo de la afectación al derecho a la vida que es objeto de protección de la acción de amparo. Señala que:

¹⁰⁶⁴ El rechazo del TC de justiciabilizar el derecho a la salud de forma directa en el presente amparo se debe a que, en el momento en que se dictó la presente sentencia, estaba vigente la Ley de amparo y hábeas corpus de 1979. Esta Ley, en su art. 24, señalaba taxativamente los derechos objetos de amparo, entre los cuales no estaba incluido el derecho a la salud.

¹⁰⁶⁵ Ídem, FJ. 28

“El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de reestablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas , cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación de servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.”¹⁰⁶⁶

A partir de lo señalado, aterriza en el caso concreto de la recurrente y su exigencia de protección de su derecho a la salud, en especial por ser paciente de VIH. Al respecto afirma:

“Es evidente que, en el caso de la recurrente, su grave estado de salud llega a comprometer inminentemente su propia vida (...), por las características de la enfermedad representa un riesgo para la paciente de contraer cualquier otra enfermedad adicional, ya que el organismo no cuenta con defensas suficientes para autoprotgerse, situación que se agrava por padecer cáncer de tiroides.”¹⁰⁶⁷

Por ello- al referirse al caso de autos- el TC sostiene que se debe verificar que la actuación del Estado haya sido acorde con las exigencias constitucionales de protección a la vida y la salud, con mayor razón tratándose de una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad que requiere de una protección especial. Considera el Tribunal que el mandato constitucional de protección del derecho a la salud exige que las acciones estatales para tutelar derechos sociales estén orientadas a la consecución real de los fines del derecho social y que la inacción acarrearía situaciones de inconstitucionalidad:

¹⁰⁶⁶ Ídem, FJ.27

¹⁰⁶⁷ Ídem, FJ.31

“En consecuencia, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud, per se, consideramos necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de políticas públicas para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida sólo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión.”¹⁰⁶⁸

En el caso concreto, después de haber observado el núcleo protegido del derecho a la salud en relación con el derecho a la vida y además analizar la Ley N° 28243 del 2004- la cual establece que la atención integral de salud es continua y permanente indicando que la gratuidad es progresiva para el tratamiento antiretroviral con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema- el TC concluye concediendo protección jurídica indirecta a un derecho social, como lo es el derecho a la salud, pues considera que se han presentado las condiciones que lo ameritan. Al respecto señala:

“El 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 en la materia.”¹⁰⁶⁹

Como se observa en el presente caso, la justiciabilidad del derecho a la salud se ha dado en el presente proceso de amparo por vía indirecta, a través de la protección a los derechos a la vida y a la integridad física. El elemento “generador de justiciabilidad” en el presente caso ha sido la

¹⁰⁶⁸ Ídem, FJ. 38 y 39

¹⁰⁶⁹ Ídem, FJ. 50

protección de un derecho civil cuya vulneración afecta un derecho social. Así se comprueba que, en esta sentencia, concurren los tres elementos definitorios de este mecanismo.

Pero no sólo por la vía del amparo se ha dado la protección indirecta a los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el periodo histórico analizado. Ha sido más las veces que la protección se ha dado por vía de Hábeas Corpus, cuando el derecho social vulnerado está vinculado con el derecho a la libertad de movimiento y los derechos conexos a ella. De hecho, el Tribunal Constitucional ha diseñado una tipología específica de Hábeas Corpus cuando la detención de un sujeto ponga en peligro otros derechos fundamentales, como el caso del derecho a la salud del detenido. En el siguiente caso se tendrá oportunidad de observar como el TC ha justiciabilizado el derecho a la salud de los detenidos del Penal Challapalca, aplicando el Hábeas Corpus correctivo.

En la sentencia recaída sobre el expediente 1429- 2002-HC-TC¹⁰⁷⁰, el TC estima que la controversia planteada consiste en determinar si la reclusión de los demandantes en el Establecimiento Penal de Challapalca- dada su ubicación geográfica y las características climáticas de dicho lugar- afectan o no el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos ni degradantes y el derecho a la salud.

Para ello, analiza el objeto y alcance de Hábeas Corpus correctivo. Esta modalidad fue desarrollada en la STC 590-2001-HC-TC en la cual señala que “(...)procede ante actos u omisiones que importen violación o amenaza, en principio, del derecho a la vida, a la integridad, a la salud y de una manera

¹⁰⁷⁰ Recurso extraordinario interpuesto por Emiliano Álvarez Lazo y otros a favor de Jesús Islas y otros contra sentencia que declara infundada la acción de hábeas corpus de autos. El accionante interpone el HC contra el Ministro de Justicia, Ministro del Interior, y el Jefe del Instituto Nacional Penitenciario con el objeto que se disponga el cese del aislamiento, incomunicación y condiciones inhumanas de reclusión de 34 internos trasladados al Penal de Challapalca (Puno) desde el Penal de Castro Castro (Lima). (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, STC 1429- 2002-HC-TC del 19 de noviembre del 2002.)

muy significativa, del derecho al trato digno y a no ser objeto de penas o tratos inhumanos y degradantes”¹⁰⁷¹. Sobre la procedencia del HC correctivo para la protección indirecta del derecho a la salud, afirma el TC:

“Para este supremo intérprete de la Constitución queda claro que aun cuando el art. 12 de la Ley n° 23506 no comprende de manera expresa la protección de estos derechos, el carácter enunciativo del conjunto de derechos que pueden ser objeto de protección, de conformidad con el citado art. 12, posibilita o autoriza que derechos no comprendidos expresamente por éste puedan ser objeto de protección del proceso constitucional del hábeas corpus. Ello puede suceder tanto respecto de derechos directamente conexos al de la libertad, así como respecto de derechos diferentes a la libertad, pero que su eventual lesión se genera, precisamente, como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual.”¹⁰⁷²

El Hábeas Corpus correctivo tiene como sujetos de protección a las personas reclusas en ejecución de una pena privativa de la libertad, de personas detenidas como consecuencia de una medida cautelar de detención y también se extiende a aquellas situaciones en las que se verifica cierta restricción de la libertad debido a que se hallan bajo una especial relación de sujeción tuitiva. La justificación de esta modalidad se da en la necesidad jurídica de proteger los derechos directamente vinculados a la vida y a la integridad de un sujeto privado de su libertad.

Al entrar al análisis del derecho a la salud de los reclusos del Penal de Challapalca en las condiciones descritas en el presenta caso, el Tribunal

¹⁰⁷¹ La presente sentencia analizada fue dictada en el año 2002, cuando aún estaba vigente la antigua Ley de amparo y hábeas corpus de 1982 y dos años antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Constitucional del 2004. El “Hábeas Corpus correctivo” fue creado a nivel jurisprudencial mediante sentencia STC 590-2001-HC-TC del 22 de junio del 2001. Posteriormente, el Código Procesal Constitucional del 2004 recoge esta doctrina y en el art. 25 determina que el hábeas corpus procede en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual.

¹⁰⁷² Ídem, FJ.1

Constitucional observa primero la necesidad de establecer la razón por la cual procede su justiciabilidad en un Hábeas Corpus correctivo:

“Se trata ahora de abordar el derecho a la salud, en particular de las personas que se hallan privadas de su libertad. El derecho a la salud constituye uno de los derechos constitucionales de mayor importancia, ya que se vincula estrechamente a otros derechos constitucionales como el derecho a la vida, a la integridad física y al propio principio de dignidad. Desde luego, la privación de la libertad no implica, en absoluto, la suspensión o restricción de otros derechos, en particular del derecho a la salud. En cuanto derecho constitucional, la salud de las personas reclusas es también facultad vinculante al Estado (...). Por lo tanto, los reclusos, como en el caso de los demandantes, tienen un derecho constitucional a la salud al igual que cualquier persona. Pero, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos; hay pues, un deber a no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer o afectar su salud(...).”¹⁰⁷³.

Comprobando entonces la vulneración del derecho a la salud de los reclusos por parte de las autoridades estatales (INPE), al no haber asumido sus obligaciones respecto al especial cuidado de la salud de los reclusos en situaciones climáticas extremas, el Tribunal determina la necesidad de una pronta respuesta del Estado, señalando:

“Ante esta situación, el Estado debe tomar las acciones apropiadas para el cese de la situación peligrosa la que exige, en principio, el traslado inmediato de los internos cuyo precario estado de salud, clínicamente comprobado, no permita que continúen en el centro penitenciario en el que se encuentran reclusos”¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷³ Ídem, FJ. 15

¹⁰⁷⁴ Ídem, FJ. 15

Finalmente, el TC declara fundada la demanda y ordena al INPE el traslado inmediato de los reclusos en precario estado de salud así como que al resto de la población penal se le proporcione atención médica adecuada. De esta manera, a través de un hábeas corpus correctivo justiciabiliza de manera indirecta un derecho social, como lo es el derecho a la salud de los detenidos demandantes en este caso particular.

5.5.1.2.3 Justiciabilidad en aplicación del principio-derecho de igualdad al extender los beneficios sociales reconocidos a un determinado grupo de personas hacia otras por similitudes fácticas

A partir del presente mecanismo de justiciabilidad, el TC justiciabiliza el derecho social al extender los beneficios sociales concedidos a un determinado grupo de personas a otras por la similitud de su situación fáctica, en aplicación del principio de igualdad. Esto sucede cuando el Tribunal observa que hay un trato jurídico desigual a hechos iguales, por lo que, en aplicación del principio de igualdad, extiende los efectos de una ley o una política pública para abarcar a un conjunto de personas injustamente excluidos de sus beneficios.

Este es el mecanismo que el TC aplica en la STC 6572-2006-PA/TC¹⁰⁷⁵. La sentencia se manifiesta sobre el amparo interpuesto por Janet Rosas, quien exigía que se le otorgue la pensión de viudez al tener la declaración judicial

¹⁰⁷⁵ Recurso de agravio constitucional interpuesto por Janet Rosas contra resolución que declara improcedente la demanda de amparo interpuesta contra ONP para el otorgamiento de una pensión de viudez, al haber sido conviviente del asegurado. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 6572-2006-PA/TC del 6 de noviembre del 2007.)

de unión de hecho con el asegurado. La demandada- la Oficina de Normalización Previsional (ONP)- le habría negado tal pensión de viudez al manifestar que la normativa previsional vigente sólo contemplaba como beneficiaria de tal pensión al cónyuge del pensionista, más no se manifestaba en ningún supuesto respecto de la conviviente.

En primer lugar, el TC manifiesta su competencia para poder manifestarse por la vía de amparo sobre la pensión de viudez del conviviente supérstite- en base a la jurisprudencia recaída en la STC 1417-2005-PA-TC- al ser este beneficio una manifestación del derecho al acceso a las prestaciones pensionarias, el cual forma parte del núcleo esencial del derecho a la pensión. En segundo lugar, advierte que la ley aplicada para negar el derecho a la pensión de la conviviente es una ley preconstitucional¹⁰⁷⁶, razón por la cual se la debe aplicar interpretándola conforme al canon constitucional actual.

A partir de este análisis constitucional, el TC comprueba que la Constitución de 1993 no define un modelo específico de familia, razón por la cual no se puede considerar que la protección constitucional a la familia sólo haga referencia al modelo de familia tradicional:

“De lo expuesto hasta el momento, se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, esta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y la Sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que en instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este, persista aquella.”¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁶ Se trata el Decreto Ley 19990 del 30 de abril de 1973, la cual contemplaba exclusivamente a las cónyuges como beneficiarias de la pensión de viudez.

¹⁰⁷⁷ Ídem, FJ.11

Si bien el Tribunal entiende que la protección constitucional de la institución familiar se extiende a los diversos modelos de familias extramatrimoniales- entre ellos la unión de hecho-, señala que para ser merecedor de tal protección, debe cumplirse con los requisitos legales para el reconocimiento de tal situación. En el caso de la unión de hecho, señala que es menester cumplir con los requisitos impuestos en el art. 5 constitucional- que define los rasgos característicos de la figura- además del art. 326 del Código Civil, el cual señala el tiempo mínimo de convivencia. Una vez cumplidos estos requisitos legales, la unión de hecho pasa a ser considerada una institución familiar y, por consiguiente, merecedora de la protección del Estado. Al respecto afirma el TC:

“Así pues, la Constitución reconoce una realidad pero al mismo tiempo, la encausa dentro de los valores constitucionales a fin de hacerla compatible con el resto del ordenamiento. En tal sentido, a fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos en desmedro del otro, la Constitución reconoció expresamente el régimen de gananciales a estas uniones, en cuanto les sea aplicable (...) Pero esta no sería la única obligación que se generaría entre los convivientes, (...) la propia dinámica de la convivencia encuadrada en la disposición constitucional implica el cumplimiento de ciertas acciones, por parte de los integrantes de la unión.”¹⁰⁷⁸

En consecuencia, el TC expone su razonamiento sobre la compatibilidad de obligaciones alimentarias entre los concubinos, razón por la cual sustenta el reconocimiento constitucional de la pensión de sobrevivencia al concubino supérstite. El argumento central de su razonamiento es que al haber los concubinos llevado una relación similar a la del matrimonio- salvo la celebración del acto- se han generado entre ellos obligaciones de

¹⁰⁷⁸ Ídem, FJ. 13

cooperación y de alimentos, por lo que la unión de hecho origina un deber de asistencia mutua.

“No obstante, es de resaltar que estos efectos matrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre el futuro, sustrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en aparente matrimonio. De lo que se infiere que existen también ciertas obligaciones no patrimoniales. De igual modo, sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o alimentarias(...) Más aún no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimentaria (art.326). Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.”¹⁰⁷⁹

A partir de aquí, el TC observa la inconstitucionalidad sobreviniente del DL 19990, el cual reconoce como beneficiario de la pensión de sobreviviente exclusivamente al cónyuge más no contempla la protección al conviviente supérstite. Señala que al ser el DL 19990 una norma preconstitucional, deviene en inconstitucional por no compatibilizar con la Constitución vigente. Por ello, el Tribunal señala que debe interpretarse el art. 53 del DL 19990(referido a las pensiones de sobrevivientes) a la luz de los principios y valores del texto constitucional.

Al haberse reconocido a la unión de hecho como un instituto familiar merecedor de protección constitucional, señala el Tribunal que este debe ser tomado en cuenta a la hora de determinar si a una persona le corresponde o

¹⁰⁷⁹ Ídem, FJ.21

no la pensión de sobrevivencia. Esto en el sentido que, para el TC, la finalidad de la pensión de sobrevivientes:

“Es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando al faltante económico generado por la muerte del causante y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno de ellos legitima al conviviente supérstite a solicitar pensión de viudez.”¹⁰⁸⁰

Es por ello que el TC observa que en el actual Sistema Nacional de Pensiones existe una *desigualdad en el tratamiento de los convivientes supérstites*, pues en el Sistema Privado de Pensiones sí está contemplada la posibilidad del conviviente de recibir la pensión de sobrevivencia, mientras en el Sistema Público de Pensiones, no.

“En consecuencia, a una misma situación se le da trato diferente, o puesto de otra forma, se hace una diferenciación entre iguales. La situación para este caso concreto es equivalente; la contingencia que implica la muerte del conviviente. Claramente, se está ante una vulneración del derecho-principio de igualdad. Esta diferenciación normativa no descansa sobre un argumento objetivo y razonable que pueda justificar la diferencia de trato. La calidad y la naturaleza, así como los mecanismos del Sistema Privado de Pensiones (forma y determinación de los aportes y montos pensionarios) es nada justifican que este reconocimiento sea legítimo y a nivel del Sistema Público de Pensiones no lo sea.”¹⁰⁸¹

Finalmente, el TC señala que, analizado en este sentido el art. 53 del DL 19990, se considera al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión

¹⁰⁸⁰ Ídem, FJ 31.

¹⁰⁸¹ Ídem, fj.35

de viudez siempre que se acrediten los elementos fácticos y normativos que acrediten la existencia de la unión de hecho.¹⁰⁸²

En la presente sentencia, el TC comprueba la inconstitucionalidad del art.53 del D.L. 19990 (Régimen del Sistema Nacional de Pensiones) con respecto a los valores y fines constitucionales así como a la protección a la familia contemplada en los art. 4 y 5 de la Constitución. Sin embargo, en la caso concreto, la justiciabilidad del derecho social se da a través del derecho-principio de igualdad, al comprobar el TC que se da un trato diferenciado a la figura del “conviviente supérstite” en el Sistema Nacional de Pensiones con respecto al Sistema Privado de Pensiones.

En definitiva, el TC no fundamenta el razonamiento de la justiciabilidad en la similitud fáctica de la figura del cónyuge y del conviviente. Al contrario, resalta que se trata de dos figuras jurídicas diferentes y que cada una de ellas forma parte de una manifestación distinta de la institución familiar. Por otro lado, observa que en el actual Sistema de Pensiones se da un trato diferenciado a la conviviente supérstite vulnerándose así el principio-derecho de igualdad. Por lo tanto, la aplicación del presente mecanismo de justiciabilidad se da por la comprobación de las similitudes fácticas de la figura del “conviviente supérstite” en el Sistema de Pensiones en el Perú y su desigual trato jurídico en el Sistema Nacional de Pensiones con respecto al Sistema Privado de Pensiones, en desmedro del derecho al acceso a la pensión de viudez de la conviviente supérstite perteneciente al Sistema Nacional de Pensiones.

¹⁰⁸² Ídem, FJ.41.

5.4.1.2.4 Justiciabilidad en un caso particular de un derecho social a partir del proceso constitucional de cumplimiento

Este mecanismo de justiciabilidad se caracteriza por la protección de un derecho social de forma indirecta, a través de la tramitación de un proceso constitucional de cumplimiento. El Proceso Constitucional de Cumplimiento¹⁰⁸³ procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo. Su objeto, según el CPCConst., es ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme o 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenen emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

La justiciabilidad indirecta del derecho social a través del proceso de cumplimiento se da cuando la norma legal desacatada o el acto administrativo incumplido están relacionados con la protección de un derecho social constitucional. El incumplimiento por parte de la autoridad renuente afecta directamente los derechos sociales del demandante, razón por la cual se presenta el proceso de cumplimiento. El TC justiciabiliza el derecho social de forma indirecta, ordenando a la autoridad a ejecutar el acto o acatar la norma legal incumplida con la finalidad de que cese la vulneración del derecho social afectado.

Esta situación es la que se da en la STC 2002-2006-PC/TC¹⁰⁸⁴. En esta oportunidad, el TC analiza la procedencia de una acción de cumplimiento

¹⁰⁸³ El proceso constitucional de cumplimiento se encuentra previsto en la Constitución de 1993 dentro de las llamadas “Garantías Constitucionales” del Título V, al igual que el Proceso de Amparo y el Proceso de Hábeas Corpus. Está incluida, al igual que estas últimas, en los llamados “Procesos Constitucionales de la Libertad” del Título I del Código Procesal Constitucional del 2004.

¹⁰⁸⁴ Recurso de agravio constitucional interpuesto por Carlos Chirinos Arrieta contra sentencia que declara improcedente la demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud y la Dirección

interpuesta por varias personas, representadas por Carlos Chirinos, contra el MINSA¹⁰⁸⁵ y la DIGESA¹⁰⁸⁶, demandando que estas entidades cumplan con los mandatos establecidos en los art. 15 y 23 de la Ley 26842, Ley General de Salud, y art. 25 del DS 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares nacionales de calidad ambiental en el aire. El incumplimiento se da al negarse las demandadas a diseñar e implementar una “Estrategia de salud pública de emergencia” para la ciudad de La Oroya, afectándose- a juicio de los demandados, el derecho a la salud y el derecho a un medio ambiente sano de los habitantes de la mencionada ciudad.

Respecto a la protección que por la vía del cumplimiento se puede otorgar al derecho a la salud, el TC afirma que esta protección es posible, siempre y cuando el mandato incumplido sea claro, concreto y vigente en una Ley o acto administrativo y que su cumplimiento se encuentre indisolublemente ligado a la protección del derecho social:

“En el presente caso, teniendo en cuenta que la pretensión de los demandantes en cuanto a la exigencia del cumplimiento de los mandatos contenidos en las referidas disposiciones legales y reglamentarias, no solo se relaciona con el control de la inacción administrativa sino, precisamente, conque *tal inacción vulnera los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado*, es preciso analizar previamente, tales derechos, toda vez que detrás de la cuestionada inacción administrativa se encuentra la denuncia sobre la vulneración de los derechos fundamentales invocados(...) Como se apreciará más adelante, lo antes expuesto supone que *si bien los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado no podrían ser protegidos “directamente” mediante el proceso de cumplimiento, si pueden ser tutelados de modo “indirecto”, siempre y cuando exista un mandato claro, concreto y vigente dispuesto en una ley o un acto administrativo, que se*

General de Salud Ambiental solicitando que se diseñe e implemente una “Estrategia de salud pública de emergencia” para la ciudad de La Oroya de conformidad con lo establecido en los art. 96,97,98,99,103,104,105,106 y 123 de la Ley 26842 (Ley General de Salud). (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, STC 2002-2006-PC/TC del 12 de mayo del 2006.)

¹⁰⁸⁵ Ministerio de Salud.

¹⁰⁸⁶ Dirección General de Salud del Ministerio de Salud.

*encuentre indisolublemente ligado a la protección de tales derechos fundamentales.”*¹⁰⁸⁷

Así, para determinar la relación del incumplimiento con la posible vulneración del derecho a la salud, el TC pasa a desarrollar el contenido constitucionalmente protegido del mencionado derecho. Posteriormente, resalta las obligaciones del Estado para la protección o garantía del derecho a la salud. Aquí, el Tribunal menciona la obligación del Estado de “realizar todas las acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas.” Entre estas acciones se encuentran aquellas que debe ejecutar en cumplimiento de una norma legal o acto administrativo. En este sentido, señala el TC:

“La protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación por parte del Estado de *realizar todas aquellas acciones tendentes* a prevenir los daños a la salud de la persona, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho y atender, con la urgencia y eficacia que el caso exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres, ancianos, etc (...) En cuanto a la protección “indirecta” del derecho a la salud mediante el proceso de cumplimiento, cabe destacar que procederá siempre y cuando exista un mandato claro, concreto y vigente contenido en una norma legal o en un acto administrativo, mandato que precisamente deberá encontrarse en una relación indisoluble con la protección del referido derecho fundamental.”¹⁰⁸⁸

El TC recuerda que el proceso de cumplimiento sirve para controlar la inacción de los funcionarios o autoridades públicas, de modo que puedan identificarse conductas omisivas o la inobservancia de los deberes que la ley

¹⁰⁸⁷ Ídem, FJ.3

¹⁰⁸⁸ Ídem, FJ. 18

les impone y en consecuencia, se ordene el cumplimiento del acto omitido o el cumplimiento eficaz del acto aparente o defectuosamente cumplido.

Con respecto al cumplimiento de las normas y mandatos constitucionales, el TC observa que la actuación de la administración debe darse de acuerdo a lo establecido en la ley y dentro de los parámetros y tiempos establecidos legalmente. Esta obligación toma mayor importancia cuando su falta de observancia pueda afectar derechos fundamentales:

“En directa relación con lo expuesto se encuentra el imperativo de que tales funcionarios y autoridades cumplan con los respectivos mandatos dentro de los plazos asignados, bajo responsabilidad de ley y, que de no encontrarse fijados tales plazos, los mandatos se acaten dentro de un plazo razonable y proporcional, debiendo tenerse siempre en consideración el nivel de urgente atención que requieren determinados derechos, principalmente los fundamentales, que pueden resultar afectados por el incumplimiento de los mandatos.”¹⁰⁸⁹

Teniendo establecida la relación entre el fin perseguido por el proceso de cumplimiento y la protección del derecho a la salud, el TC pasa a analizar si -en el caso concreto- se comprueba que la falta de actuación del MINSA y de la DIGESA atentan contra el derecho fundamental a la salud de la población de La Oroya.

Respecto a la primera pretensión de los demandantes- sobre el diseño e implementación de una estrategia de salud pública de emergencia que tenga como objetivo la recuperación de la salud de los afectados por contaminantes en la ciudad de La Oroya- el TC considera que la pretensión debe estimarse en parte. Esto en virtud que, si bien el Ministerio de Salud ha adoptado determinadas medidas establecidas en las referidas leyes demandadas, su cumplimiento- por lo que se observa de la revisión de los

¹⁰⁸⁹ Ídem, FJ 26.

autos- no ha sido eficaz, sino más bien parcial e incompleto. Y aquí, el TC resalta la obligación del cumplimiento eficaz y oportuno de estos mandatos legales por parte del Ministerio de Salud y del DIGESA por la vinculación ineludible con la protección de la salud de los pobladores de La Oroya en general, y en especial, las poblaciones vulnerables como las madres gestantes y los niños:

“El mandato contenido en las referidas disposiciones, cuyo cumplimiento es responsabilidad del Ministerio de Salud, se encuentra indisolublemente ligado a la protección del derecho fundamental a la salud de los niños y mujeres gestantes de La Oroya, cuya sangre se encuentra contaminada con plomo, tal como se ha acreditado en autos. No es válido sostener que la protección de este derecho fundamental, por su dimensión de derecho social, debe diferirse en el tiempo a la espeta de determinadas políticas de Estado. Tal protección debe ser inmediata, pues la grave situación que atraviesan los niños y mujeres gestantes contaminados, exige del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, dado que, en este caso, el derecho a la salud se presenta como un derecho exigible y como tal, de ineludible atención. Por lo tanto, debe ordenarse al Ministerio de salud que, en el plazo de 30 días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas con plomo, en el caso de la ciudad de La Oroya, a efectos de lograr su inmediata recuperación.”¹⁰⁹⁰

Con respecto a la segunda pretensión- sobre la declaración de Estado de Alerta a la ciudad de la Oroya- en cumplimiento a los dispuesto en los art. 23 y 25 del DS 074-2001-PCM, el TC:

“(…) considera que, si bien en la labor de atención de la salud de la población es importante una actuación conjunta entre el Ministerio de Salud y empresas privadas, ante situaciones de grave alteración de la salud como la contaminación por plomo

¹⁰⁹⁰ Ídem, FJ.61

en la sangre como sucede en el caso de los niños y mujeres gestantes en la ciudad de La Oroya, el Ministerio de Salud, dada su condición de ente rector del sector salud, es el principal responsable de la recuperación inmediata de la salud de los pobladores afectados, debiendo priorizarse a los niños y mujeres gestantes. En consecuencia, teniendo en cuenta que, conforme se ha acreditado en los párrafos precedentes, existe exceso de concentración de contaminantes en el aire de la ciudad de La Oroya, debe ordenarse al Ministerio de Salud la realización de todas las acciones dirigidas a declarar el Estado de alerta, conforme lo dispone el art. 23 del DS 074-2001-PCM, de modo tal que se establezcan medidas inmediatas con el propósito de disminuir el riesgo de salud en esta localidad.”¹⁰⁹¹

Finalmente y con respecto a la tercera pretensión- sobre establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la ciudad de La Oroya- el TC:

“(…) considera que la pretensión de los demandantes debe estimarse, toda vez que en el presente caso el MINSA ha omitido establecer “eficazmente” acciones destinadas a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental, incumpliendo el mandato contenido en el art. 15 del DS 074-2001-PCM.”¹⁰⁹²

Además, el TC no sólo ordena al MINSA a cumplir con las demandas de los recurrentes sino que además le ordena que- transcurridos los plazos señalados en la resolución- informe al TC respecto de las acciones tomadas para el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia, estableciendo así un primigenio, aunque limitado, mecanismo de supervisión de sentencias.

En la presente sentencia se ha comprobado la concurrencia de los tres elementos que conforman este mecanismo de justiciabilidad: 1) la protección se da en un caso particular 2) de forma indirecta, por vía de proceso de

¹⁰⁹¹ Ídem, F.J.73

¹⁰⁹² Ídem, F.J.77.

cumplimiento y 3) finalmente, el elemento generador de justiciabilidad es la orden emitida en la sentencia de ejecutar los actos incumplidos con el fin de proteger el derecho a la salud de los habitantes de la ciudad de La Oroya.

5.5.2 *Justiciabilidad de los derechos sociales en sentencias emitidas en procesos de constitucionalidad de las leyes*

5.5.2.1 Justiciabilidad Directa

5.5.2.1.1 Justiciabilidad del derecho social a través de la declaración de inconstitucionalidad por omisión al mandato constitucional que ordena su desarrollo y tutela

Este mecanismo de justiciabilidad implica la declaración de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Esta figura- bastante desarrollada ya en el constitucionalismo comparado- supone una inacción por parte del legislador con respecto al mandato constitucional que le exige el desarrollo legal de una determinada categoría jurídica, sea una garantía institucional o jurisdiccional o el desarrollo legal de un derecho fundamental. El TC ha manifestado respecto a la inconstitucionalidad por omisión legislativa:

“Tal como ha precisado este Tribunal, en consonancia con un sector de la doctrina, la necesidad de la inclusión del control de las omisiones se da, entre otras razones, en virtud a: a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza “social” del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos

tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales.”¹⁰⁹³

Como se observa del párrafo citado, el Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia del control de las omisiones legislativas para reivindicar los mandatos constitucionales en materia de derechos sociales. Este ha sido el caso de la STC 0050-2004-AI/TC¹⁰⁹⁴, donde el TC analizó la demanda de inconstitucionalidad de la reforma constitucional contenida en la Ley N°28389 que modifica los art. 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (PDFT) de 1993, así como la constitucionalidad de la Ley N° 28449 sobre aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el DL N° 20530, a partir de la reforma constitucional planteada.

En el presente caso, los demandantes alegaron que las normas tachadas de inconstitucionales afectaban el derecho a la seguridad social (art.10), el derecho a la pensión (art.11) y a la propiedad (art.2). Asimismo, consideraron que vulneran los principios de dignidad, igualdad, de irrenunciabilidad de los derechos sociales, de progresividad, de irretroactividad, de seguridad jurídica y de intangibilidad de los fondos de la seguridad social.

¹⁰⁹³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 00014-2007-PI/TC del 4 de mayo del 2009.

¹⁰⁹⁴ Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. el Congreso de la República contra la Ley n°28389, de reforma constitucional del régimen pensionario y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el DL N° 20530. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0050-2004-AI-TC del 3 de junio del 2005.)

En esta ocasión, luego de determinar la constitucionalidad de la reforma planteada en la Ley n°28389, pasa a determinar la constitucionalidad de la Ley n°28449 la cual modifica el régimen pensionario del DL n° 20530. Para empezar, el TC determina que el canon de interpretación constitucional para la presente Ley va a ser la Constitución ya modificada por la Ley n° 28389, previamente declarada constitucional. A partir de aquí, observa el TC varias normas inconstitucionales en el cuerpo de la Ley N°28449. Así, declara la inconstitucionalidad de los art. 32 y 55 de la referida ley, determinando la modificación de su texto para evitar la declaración de inconstitucionalidad, aplicando en estos supuestos el mecanismo antes estudiado.

Pero en lo que aquí nos interesa detenernos es en la declaración de inconstitucionalidad por omisión que hace el TC respecto de la omisión del legislador de hacer referencia en la mencionada Ley N° 28449 sobre la situación del empleado que no comunica su opción de afiliación¹⁰⁹⁵ al empleador transcurridos 90 días a partir de la entrada en vigencia de la ley.

Aquí, el TC considera que esta omisión pone en situación de vulnerabilidad el derecho al libre acceso al sistema de la seguridad social del empleado de dos formas: 1) en el supuesto que, por la omisión, se interprete que el empleado sigue afiliado al régimen clausurado del DL 20530, se vulnera el derecho al acceso a la seguridad social pues sería incompatible con el inc. 2 de la PDFT¹⁰⁹⁶ de la Constitución y 2) en el supuesto que por la omisión, se interprete que el empleado queda fuera de todo régimen previsional, tal interpretación sería incompatible con el derecho fundamental de libre acceso al sistema de seguridad social. Esto señala el TC:

“Con relación a las personas que antes de la reforma constitucional, ya pertenecían al régimen del Decreto Ley N° 20530, pero aún no habían cumplido con los requisitos para

¹⁰⁹⁵ Con referencia a la opción entre el sistema público o sistema privado de pensiones.

¹⁰⁹⁶ Primera Disposición Final y Transitoria

obtener una pensión dentro de dicho régimen, el inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, establece que: “(...) deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones”. Lo propio establece la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, previendo un plazo de noventa días para que el trabajador comunique a su empleador su opción entre uno u otro sistema (...) El legislador ha omitido referir en la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, qué sucede si transcurridos los noventa días de plazo, el trabajador no comunica al empleador su opción de afiliación. En tal sentido, este Tribunal exhorta al Congreso de la República a cubrir dicho vacío normativo, teniendo presente que tal omisión no sea interpretada en el sentido que la falta de comunicación del trabajador dentro de dicho plazo implique que éste permanezca en el régimen del Decreto Ley N° 20530, pues ello vulneraría el inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución; ni tampoco que ello implique que el trabajador quede fuera de todo régimen previsional, pues dicha interpretación sería incompatible con el derecho fundamental de libre acceso al sistema de la seguridad social consagrado en el artículo 10 de la Constitución.”

En definitiva, el TC declara la inconstitucionalidad por omisión legislativa en el inc. 2 de la PDFT al constatar que el vacío legislativo afecta el derecho el libre acceso al sistema de pensiones del empleado en caso de no comunicar su decisión de afiliación en el plazo establecido, dejándolo en un estado de indefensión en cualquiera de los dos supuestos interpretativos planteados.

En vista de esta omisión, el TC resuelve exhortando al Congreso de la República a cubrir el vacío normativo de la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, teniendo presente que dicha omisión no puede ser interpretada en el sentido de que la falta de comunicación del trabajador dentro de los noventa días previstos en la norma implique que éste permanezca en el régimen del Decreto Ley N° 20530, ni tampoco que ello suponga que el trabajador queda fuera de todo régimen previsional.

5.5.2.1.2 Justiciabilidad del derecho social a través de la declaración de la constitucionalidad de un sentido determinado de la norma legal

En los procesos de inconstitucionalidad que ha conocido el TC, éste se ha manifestado en contra de declarar la inconstitucionalidad de la norma en todos sus efectos. En consecuencia, ha aplicado el principio de presunción de constitucionalidad de la norma¹⁰⁹⁷ y la doctrina de la distinción entre disposición y norma constitucional¹⁰⁹⁸.

A partir de este razonamiento, el Tribunal Constitucional no declara la inconstitucionalidad de la norma, optando por conservarla para evitar el *horror vacui*. Sin embargo, si observa que existe una interpretación de la norma que sea inconstitucional, declara la constitucionalidad de la norma siempre que su aplicación se dé en un sentido determinado. Ergo, determina la inconstitucionalidad implícita de un sentido interpretativo de la disposición constitucional y determina la constitucionalidad de otro sentido interpretativo

¹⁰⁹⁷ Este principio se materializa en la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la cual reza: “Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”. Respecto al principio de presunción de constitucionalidad de la norma, ha expresado el TC: “Que, según el Principio de presunción de constitucionalidad, las leyes gozan de la presunción que se encuentran de conformidad con la Constitución, hasta que este Tribunal en ejercicio de su función jurisdiccional la declare inconstitucional, en ese sentido todas las normas que emanan del Estado son consideradas constitucionales (...) Así también el Principio de conservación de las leyes permite afirmar la seguridad jurídica y mantener la legitimidad democrática de la que gozan las leyes.” (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 00033-2007-PI/TC del 13 de febrero del 2009, FJ 4.)

¹⁰⁹⁸ En ocasión a la sentencia STC 0010-2002-AI-TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que en todo precepto legal se puede distinguir entre “disposición” y “norma”, entendiendo por la primera aquel texto, enunciado lingüístico o conjunto de palabras que integran el precepto, y por la segunda, aquel o aquellos sentidos interpretativos que se pueden deducir de la disposición o de parte de ella. Esta distinción no implica que ambas puedan tener una existencia independiente, pues se encuentran en una relación de mutua dependencia, no pudiendo existir una norma que no encuentre su fundamento en una disposición, ni una disposición que por lo menos no albergue una norma. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 0010-2002-AI/TC del 3 de enero del 2003, FJ.34)

de la misma, señalando que es ésta última el contenido de la norma constitucional.

Este mecanismo de justiciabilidad fue aplicado por el Tribunal Constitucional en ocasión de la STC N.º 0008-2005-PI/TC, donde el Tribunal se manifestó sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15, 16 y 18 además del art. IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175- Ley Marco del Empleo Público- del 19 de febrero del 2004¹⁰⁹⁹.

En este proceso de inconstitucionalidad, los demandantes interponen acción de inconstitucionalidad contra la citada ley, por considerar que vulnera los artículos 26º, 28º y 40º de la Constitución, referidos a los principios que regulen la relación laboral, derechos colectivos del trabajador y el derecho a la carrera administrativa de los servidores públicos.

Después de hacer un detallado análisis sobre el contenido constitucionalmente protegido de los mencionados derechos y su interrelación con el resto de las disposiciones constitucionales, el Tribunal Constitucional observa que los artículos tachados de inconstitucionalidad en la mencionada ley, no lo serán siempre y cuando sean interpretados de acuerdo al canon constitucional. En este sentido, es menester que la interpretación que se haga de ellos respete el contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales referentes a la relación laboral de los servidores públicos. Para esto- aplicando el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes- no declara la inconstitucionalidad en todos

¹⁰⁹⁹ Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra los artículos IV del Título Preliminar, además de los art. 15, 16 y 22 de la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público del 19 de febrero del 2004. Los demandantes solicitan la declaración de inconstitucionalidad argumentando que tales artículos de la Ley n.º 28175 vulneran los artículos 26, 28 y 40 de la Constitución, referidos a los derechos laborales de los servidores públicos. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 0008-2005-AI-TC del 12 de agosto del 2005.)

sus efectos, sino que determina la constitucionalidad de la norma siempre que la aplicación que se haga de ella sea en un determinado sentido.

Respecto a la inconstitucionalidad del art. 16 inc. d), considera el TC que la introducción de la figura del “contrato de trabajo” propia de la relación laboral privada, vulnera el bien constitucionalmente protegido de la carrera administrativa de los servidores públicos. Al regular la Ley Marco del Empleo Público las relaciones laborales en el ámbito público, el TC observa que lo dispuesto en esta norma- sobre el derecho a la percepción en contraprestación de sus servicios- “sólo lo determinado en el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público (...)” no se condice con el artículo 40° de la Constitución el cual reconoce a la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, precisando que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores.

En este sentido, el TC establece que el artículo 16 d) de la mencionada Ley será constitucional siempre que sea aplicable exclusivamente a los empleados de confianza, cuyos regímenes laborales se rigen por el contrato laboral, más no respecto a los servidores públicos:

“Por consiguiente, siendo la carrera administrativa un bien jurídico constitucional que debe ser garantizado por el legislador, el Tribunal Constitucional estima que el inciso cuestionado, referido a las obligaciones de los empleados públicos, sólo será constitucional en la medida que el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público, previsto en él, se apliquen a los empleados de confianza a que se refiere la ley, mientras que, para el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sólo estarán sujetos a las fuentes normativas del empleo público, no siéndoles de aplicación la disposición referida al contrato de trabajo.”¹¹⁰⁰

¹¹⁰⁰ Ídem, FJ.55

Además, en lo referente a la supuesta inconstitucionalidad de la última parte del numeral 8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 28175- relativo a los principios que rigen el empleo público- el TC vuelve a determinar el sentido interpretativo. El numeral cuestionado- sobre principios de derecho laboral- establece, en su último párrafo, que en la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio. La parte demandante afirma que la parte de la norma cuestionada cuya inconstitucionalidad se alega, no se relaciona con el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, ya que este precepto constitucional es de obligatorio cumplimiento al momento de interpretarse una norma. Al respecto, manifiesta el TC:

“El Tribunal Constitucional considera que cuando la ley prevé que se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio, no impone una obligación absoluta, sino únicamente la afirmación de que se deben hacer los esfuerzos necesarios para arribar a ellas. Empero, si en caso ello no fuera posible, tendrá que primar alguno de los principios laborales a que alude la norma cuestionada según sea el caso concreto. De otro lado, estima que, en ambos casos, cualquiera sea la solución a la que se arribe, tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas, donde se encuentren en juego derechos constitucionales, la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23° de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Por lo expuesto, la norma cuestionada sólo será constitucional siempre y cuando se interprete conforme al presente fundamento”¹¹⁰¹.

Finalmente, el TC declara infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso d) del artículo 16° de la Ley N.° 28175, señalando que debe interpretarse dicho precepto en el sentido que el inciso cuestionado *sólo será*

¹¹⁰¹ Ídem, FJ. 57

constitucional en la medida que el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público- previsto en él- se apliquen a los empleados de confianza a que se refiere la ley, mientras que para el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sólo estarán sujetos a las fuentes normativas del empleo público, no siéndoles de aplicación la disposición referida al contrato de trabajo.

También declara infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 8 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, *debiéndose interpretar dicho precepto* en el sentido que tratándose de relaciones de empleo público- individuales o colectivas donde se encuentren en juego derechos constitucionales- la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23.º de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

5.5.2.1.3 La declaración del “Estado de Cosas Inconstitucional”

Ya antes nos hemos referido antes al “estado de cosas inconstitucional” como técnica jurisdiccional que aplican los Tribunales Constitucionales para declarar un estado fáctico que cuyas dimensiones provocan una vulneración generalizada de derechos fundamentales. Aquí no nos referimos al “estado de cosas inconstitucional” como técnica, sino como mecanismo de justiciabilidad, es decir, como un mecanismo complejo con sus propios elementos que ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional para justiciabilizar de forma directa derechos sociales en procesos de inconstitucionalidad.

Mediante sentencia emitida en la STC N.º 00017-2008-PI/TC¹¹⁰², el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley N.º 28564, que establecía la prohibición de creación de nuevas filiales de universidades públicas y privadas, fuera del ámbito departamental de su sede principal. La ley fue declarada inconstitucional por cuanto la prohibición de creación de nuevas filiales universitarias no constituye una medida adecuada para garantizar el derecho fundamental a una educación universitaria de calidad, ni para que se ejerza el derecho fundamental de acceso a la educación universitaria de aquellas personas que residen en departamentos que carecen de una suficiente oferta educativa en determinadas carreras. Sin embargo, el TC aprovechó esta oportunidad para manifestarse sobre la calidad de la educación universitaria en el Perú y su falta de atención por parte del legislador, justiciabilizando el derecho a la educación universitaria de calidad aplicando el mecanismo del “estado de cosas inconstitucional”. En efecto, el TC señala que:

“(…)a lo largo de esta sentencia ha quedado plenamente acreditada la presencia de elementos objetivos que permiten concluir no solo la profunda crisis de un amplio ámbito de la educación universitaria, sino también el hecho de que el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para cumplir cabalmente con su deber constitucional de garantizar una educación universitaria de calidad (...)En efecto, al controlar la validez de la Ley N.º 28564 (parte segunda de esta sentencia), se ha acreditado que el Congreso de la República, lejos de adoptar las medidas de reforma necesarias para asegurar la calidad de la educación impartida por las filiales universitarias, se ha limitado a adoptar la inconstitucional medida de prohibirlas, afectando desproporcionada e irracionalmente el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria (artículo 13º de la Constitución, artículo 13º 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículo 13º 3 del “Protocolo de San Salvador”), y el derecho a

¹¹⁰² SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 00017-2008-PI/TC. Sentencia del 15 de junio del 2010. Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 5000 ciudadanos contra el Congreso de la República por inconstitucionalidad de la Ley n°28564 que deroga la Ley n°27504 y restituye el tercer párrafo del art.5 de la Ley Universitaria

promover y conducir instituciones educativas (artículos 15º, 58º y 59º de la Constitución) (...) Por otra parte, a través del desarrollo de la tercera parte de esta sentencia, ha quedado acreditada la manifiesta inconstitucionalidad de la regulación y el ejercicio de las competencias asignadas a la ANR y al CONAFU en materia de autorización de funcionamiento de universidades y filiales universitarias. Dicha inconstitucionalidad se sustenta en el incumplimiento de los deberes impuestos a todos los poderes públicos por los artículos 13º y 18º de la Constitución, en relación con el resguardo de la calidad de la educación universitaria, y en la afectación del derecho fundamental a la imparcialidad objetiva del poder público que decida sobre el ejercicio de derechos y obligaciones de la persona humana (incisos 2 y 3 del artículo 139º de la Constitución)”¹¹⁰³

Además, comprueba la situación deplorable de la educación universitaria no sólo de lo observado por las actuaciones de las autoridades, sino además de las realidades que le ofrecen estudios sobre la situación educativa en el Perú y las cifras oficiales del presupuesto destinado a educación por parte del Estado:

“De otra parte, a pesar de que desde hace varios años el Perú ocupa uno de los niveles más bajos del mundo en lo referido a la calidad educativa —lo cual, como fue indicado, ha sido nuevamente confirmado por el último reporte de competitividad global 2008-2009 preparado por el *World Economic Forum*, en cuyo punto 5.03 referente a la “Calidad del Sistema Educativo”, el Perú figura en el muy preocupante puesto 133 de 134 países evaluados—, el monto destinado a la Educación representó tan solo el 6.9% de la totalidad del Presupuesto General de la República 2008, porcentaje que, lejos de incrementarse, ha ido en línea decreciente en los últimos años (2007 – 7.5%; 2006 – 8.3%). Y ello, a pesar de que el artículo 16º de la Constitución exige dar prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República, lo que evidentemente debe alcanzar a la educación en todos sus niveles”.¹¹⁰⁴

¹¹⁰³ Ídem, Fj. 210-213.

¹¹⁰⁴ Ídem, Fj. 214.

En vista de todos los estudios sobre la situación de la educación superior en el Perú que pudo conocer durante el transcurso este proceso de inconstitucionalidad, la desidia comprobada de los legisladores, las autoridades y los órganos encargados de vigilar la observancia del derecho a la educación superior además de las recomendaciones hechas por los organismos internacionales de protección de derechos humanos en la materia; el TC declara el “estado de cosas inconstitucional” de carácter estructural en el sistema educativo universitario peruano. Así afirma el TC:

“Todo lo expuesto permite declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional de carácter estructural en el sistema educativo universitario. Dicho estado solo puede ser reparado en un sentido mínimo con las decisiones adoptadas en esta sentencia, motivo por el cual es obligación del Estado adoptar de inmediato —respetando los criterios expuestos en esta sentencia— las medidas institucionales necesarias (legislativas, administrativas, económicas, etc.) para reformar el sistema de la educación universitaria en el país, de forma tal que quede garantizado el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria de calidad, reconocido por la Constitución.”¹¹⁰⁵

En el presente caso, el derecho es justiciabilizado en la medida que el Tribunal observa una violación generalizada del derecho a la educación universitaria de calidad por causas estructurales, razón por la cual ordena adoptar de inmediato medidas institucionales necesarias para garantizar efectivamente el derecho al acceso a una educación universitaria de calidad. Entre estas medidas dispone, en la parte resolutoria de la sentencia: 1) la clausura de toda filial universitaria no autorizada regularmente y 2) la creación de una superintendencia especializada en la evaluación de universidades de todo el país y de sus filiales así como revisar con los

¹¹⁰⁵ Ídem, Fj.217.

exámenes de admisión universitarios cumplan con mínimos de exigibilidad y rigor intelectual.

En este mecanismo de justiciabilidad, el elemento generador de justiciabilidad es la de declaración de inconstitucionalidad de una situación de hecho estructural que no sólo vulnera el derecho social -en este caso, el derecho a la educación superior de calidad-, sino que genera una situación de violación constante del derecho, aunque no concretizado en un caso determinado, pero que es factible de ser conocido a través de los indicadores nacionales e internacionales que el Tribunal puede conocer a lo largo del proceso.

5.5.2.2 Justiciabilidad indirecta

5.5.2.2.1 Eficacia jurídica de la cláusula del Estado social y de las disposiciones que contienen principios esenciales del ordenamiento

Este mecanismo de justiciabilidad consiste en justiciabilizar de forma indirecta los derechos sociales, a través de la protección que el Estado otorga en la sentencia de inconstitucionalidad a la cláusula jurídica del Estado social y democrático de Derecho y de las disposiciones que contienen principios esenciales del ordenamiento, como el caso del principio de igualdad o el contenido social del derecho a la propiedad.

De esta forma, el TC se manifiesta- dentro del proceso de constitucionalidad- sobre el impacto que las normas sobre las que refiere la inconstitucionalidad puedan tener en el Estado social de Derecho en el Perú. Es decir, analiza la constitucionalidad de la norma impugnada en el marco de las exigencias

jurídico-constitucionales del Estado Social de Derecho y sus contenidos materiales constitutivos.

Así lo hizo en la STC 0048-2004-PI/TC¹¹⁰⁶, en la cual se manifestó sobre una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos contra la Ley N° 28258, Ley sobre Regalías Mineras. En esta ocasión, los demandantes sostuvieron que la citada ley transgredía- entre otras- las normas constitucionales referidas al derecho de propiedad (inciso 16 del artículo 2° y artículo 70° de la Constitución), así como el derecho a la libertad contractual (inciso 14 del artículo 2° y artículo 62° de la Constitución).

En puridad, los demandantes tacharon de inconstitucional la Ley de Regalías Mineras por considerar que vulneraban los derechos patrimoniales antes citados. Señalaban que la Ley era atentatoria del derecho a la propiedad y del derecho a la libertad contractual, pues la imposición de una regalía minera representaba una clara intromisión en las libertades patrimoniales o libertades económicas. En su solicitud afirmaron que la Constitución de 1993 consagra una economía social de mercado, sustentada en la generación de riqueza de los privados, cuya base se encuentra en dos componentes básicos: la propiedad y la libertad contractual. Así, en materia económica, el sistema legal debe procurar la plena vigencia de estas libertades patrimoniales, las cuales sólo pueden ser afectadas por valores superiores, y no para planificar resultados económicos circunstanciales. Es precisamente en este punto que el TC centra su análisis sobre la inconstitucionalidad- en el fondo- de la Ley de Regalías Mineras.

Para poder apreciar la inconstitucionalidad de la ley, determina previamente el parámetro constitucional sobre el cual versará su análisis. El TC señala

¹¹⁰⁶ Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos contra los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N.º 28258 —Ley de Regalía Minera— de fecha 23 de junio de 2004, sus modificatorias y las demás normas que por conexión sean materia de la causa, por considerar que contiene vicios de inconstitucionalidad por la forma y el fondo. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N.º 0048-2004-PI/TC del 1 de abril del 2005.)

que- dado el impacto social de la sentencia- su análisis versará- entre otros temas- en el contenido de lo “social” en la actividad del Estado y de los particulares y la responsabilidad social de la empresa. El contenido social que se incorpora en el análisis se debe a que la regalía minera creada por la presente ley supone una contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de recursos minerales metálicos y no metálicos. La Ley de Regalías establece que éstas se distribuyen equitativamente entre las comunidades, municipalidades distritales y provinciales, gobiernos regionales y universidades nacionales, coadyuvando al desarrollo equitativo e integral de la sociedad.

En lo referente al contenido de lo “social” en la actividad empresarial del Estado y los particulares, el TC contextualiza la actividad empresarial en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. El parámetro para el análisis de la constitucionalidad tiene como punto de partida, los artículos 3° y 43° de la Constitución, que reconocen al Perú como Estado Social y Democrático de Derecho. Señala que para la configuración del Estado social y Democrático de Derecho, se requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos y la identificación del Estado con los fines de su contenido social. Por ello, sostiene el TC que la actividad económica en este marco debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. Al respecto, afirma el TC:

“La Economía Social de Mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores

productos y a precios competitivos para los consumidores y usuarios. De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico¹¹⁰⁷.”

Por ello, el TC afirma que en el ejercicio de la actividad económica-empresarial sobre concesiones de recursos naturales pertenecientes al Estado, este último está obligado a cumplir con la doble obligación de garantizar las libertades económicas de las empresas pero aún más está obligado a proteger los recursos naturales de la nación y el importante factor de desarrollo social que estos recursos implican. En efecto, la defensa de las libertades individuales debe darse en armonía con la defensa de interés general y del bien común:

“En este contexto, el papel del Estado implica la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y el desarrollo de acciones orientadas a propiciar la equidad social. Por ende, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones”¹¹⁰⁸.

Para el TC, en esta fórmula se sustenta la responsabilidad social de la empresa. Aquí, la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. Esto en el sentido que, en la Economía Social de Mercado se imponen límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los

¹¹⁰⁷ Ídem, FJ 12.

¹¹⁰⁸ Ídem, FJ 13.

bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. La interrelación entre las exigencias de la libertad económicas y los bienes constitucionalmente protegidos del Estado social de Derecho definen los rasgos característicos de la Responsabilidad Social empresarial, sobre la cual el Tribunal destaca elemento social. Para el TC, es el elemento de lo “social” lo que define la responsabilidad social. Al respecto, manifiesta:

“Lo “social”, se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.”¹¹⁰⁹

Finaliza el TC su análisis respecto a la afectación de los derechos a la propiedad y a la libertad contractual por parte de la Ley de Regalías mineras señalando que estos derechos no deben ser interpretados aisladamente, sino situados en el contexto constitucional en el cual se imprime el carácter social del modelo de Estado Social reconocido en el art. 43 de la Constitución. Por ende, sostiene que los demandantes han errado en la interpretación de las normas referidas a la propiedad y a la libertad contractual al considerarlos derechos irrestrictos. Sostiene el TC:

“*Prima facie*, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en

¹¹⁰⁹ Ídem, FJ.16.

la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario”¹¹¹⁰.

A partir de este análisis, más adelante también analiza el derecho a la propiedad desde la óptica de los valores esenciales del Estado social, los que imprimen una función social a la propiedad. Esta función social implica una doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos. Por ello, afirma el TC que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la propiedad debe reconocer esta doble dimensión, donde no sólo se proteja a la persona desde una perspectiva individual, sino también colectiva:

“En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican

¹¹¹⁰ Ídem, FJ.16.

en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma”¹¹¹¹.

Es por esta razón que el TC considera justificada la creación de la regalía minera, por ser su finalidad la de beneficiar a la población de la actividad de extracción de los recursos naturales no renovables cuyo propietario originario es el Estado peruano. En efecto, no considera que la creación de la regalía afecte el derecho a la propiedad de los empresarios mineros, pues el derecho a la propiedad- vista desde su dimensión social- exige que el Estado no sólo garantice derechos patrimoniales sino- y sobre todo- vele que el ejercicio de la propiedad sea en beneficio del bien común.

“En una economía social de mercado, tanto la iniciativa privada como la inversión cumplen también una función social, a fin de coadyuvar a logro del bienestar general. En consecuencia, atendiendo a la utilidad y beneficio que los recursos naturales - en este caso, los minerales no renovables- pueden generar a la Nación, es justificable la exigencia de deberes y obligaciones que las empresas que los reciben en concesión tienen frente a la colectividad. Por consiguiente, conforme se ha sostenido, el otorgamiento de una concesión minera implica la cesión a particulares del bien natural extraído para su provecho económico, pero bajo los parámetros del interés general de la Nación”¹¹¹².

Además, sostiene el TC que las concesiones mineras se otorgan sobre bienes que son de propiedad pública. Por ello, el art. 70 referente al derecho a la propiedad exige al Estado también proteger con el mismo interés tanto la propiedad privada como la pública. En este caso, el TC considera que el propietario originario de las concesiones mineras es la “Nación” y el Estado está obligado a proteger esta propiedad. Por ello, considera que, el derecho a la concesión minera no es un derecho respecto a la propiedad del bien sino

¹¹¹¹ Ídem. FJ.82

¹¹¹² Ídem, FJ.82.

un derecho de uso. En razón de esto, el que ejerce el derecho de propiedad sobre este bien (los recursos metálicos y no metálicos), no es el empresario minero sino la “nación”. Esto justifica la imposición de la regalía minera. Al respecto, ha dicho el TC:

“En ese sentido, debe entenderse que la regalía minera se exige por el uso o aprovechamiento de un bien que, siendo propiedad de la nación, es concedido al titular de la actividad minera para que pueda obtener el dominio sobre los productos de este bien; por ello, mal podría alegarse una afectación a la propiedad cuando se exige el pago por algo que no es de propiedad innata de los particulares, sino que es más bien concedido, y cuando justamente dicho pago se sustenta en tal concesión.”

Finalmente, declara infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley de Regalías Mineras en todos sus extremos. Aquí merece mencionarse que aun cuando nosotros hemos analizado sólo el extremo de la demanda referido a la vulneración del derecho a la propiedad y a la libertad contractual, el TC también declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad en los demás extremos referidos al fondo y a la forma de la Ley.

Como se ha apreciado a lo largo de la presente análisis, el TC justiciabilizó en esta oportunidad eventuales derechos sociales de forma indirecta, a través de la aplicación de la cláusula jurídica del Estado Social de Derecho y de la aplicación del derecho a la propiedad desde su dimensión social. En efecto, la justiciabilidad se da de forma indirecta, pues en ningún momento el TC ha considerado derechos sociales como parámetros de validez de la norma. Sin embargo, si hizo lo propio respecto a la cláusula del Estado social donde innegablemente se ha garantizado los valores fundamentales de este modelo de Estado.

Por otro lado, no se puede dejar de observar que la regalía minera- creada por la presente ley tachada de inconstitucionalidad- coadyuva al desarrollo social del país. Así, los ingresos provenientes de las regalías son destinados de forma equitativa para el beneficio de las comunidades mineras, el financiamiento de políticas públicas en beneficio de los gobiernos municipales y regionales, así como para el financiamiento de las Universidades. En efecto, la justiciabilidad de los derechos sociales se da de forma indirecta a través de la eficacia jurídico-constitucional del “Estado Social” y de la interpretación en clave social del derecho a la propiedad.

CONCLUSIONES

- En la presente investigación hemos comprobado la tesis central, ya expuesta en la introducción de este trabajo: El Tribunal Constitucional Peruano ha garantizado jurisdiccionalmente los derechos sociales explícitamente enunciados en la Constitución Peruana de 1993 a través de mecanismos de justiciabilidad que ha desarrollado en sus sentencias emitidas en la materia en el periodo comprendido entre mayo del 2002 a julio del 2008. Evidentemente, para comprobar nuestra hipótesis inicial, hemos debido analizar el fenómeno, contextualizando jurídico-constitucionalmente el problema y finalmente observando cada elemento que lo estructura detenidamente.
- Como hemos señalado también en la introducción, este trabajo está enmarcado en el paradigma neoconstitucional, el cual entiende que los derechos sociales fundamentales constituyen “la esfera de lo indecible” de nuestras Constituciones contemporáneas. Por ese motivo- como lo hemos visto- el trabajo parte de tres presupuestos: 1) los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales 2) En el constitucionalismo del siglo XXI, todas las Constituciones presentan aunque sea un mecanismo de exigibilidad judicial de derechos sociales 3) En el paradigma neoconstitucional, los derechos sociales son justiciables. Para observar más a detalle cómo se puede llevar a cabo la justiciabilidad en un Estado social de Derecho actual- que reconoce derechos sociales fundamentales en su texto constitucional

y que posee mecanismos jurisdiccionales para la defensa de estos derechos- hemos elegido un caso concreto.

- Hemos observado respecto a la contextualización del problema, que el fenómeno de la justiciabilidad depende de diferentes variables entre las cuales están los mecanismos jurisdiccionales de protección de derechos sociales, las competencias jurídico-constitucionales del Tribunal que justiciabiliza el derecho -que por tratarse de derechos sociales, suelen ser los Tribunales de control constitucional- y la configuración del Estado social en cada país, donde se deben ponderar entre los distintos fines del Estado. La combinación de estas variables en cada caso, genera diferentes grados de justiciabilidad. Por ello, en la presente tesis nos hemos centrado en el análisis concreto del caso peruano y con referencia al ejercicio del Tribunal Constitucional. Aunque el análisis que se hace en este estudio es sobre este caso particular, consideramos que la metodología utilizada puede aplicarse en el análisis de la situación de la justiciabilidad de los derechos sociales en otros Estados.
- Con el único fin de llegar a comprobar nuestra tesis, primero se contextualizó el problema de nuestra investigación: En este caso, referíamos a la contextualización de los derechos sociales en el Estado social de Derecho peruano. Como recordamos, en el primer capítulo definimos al Estado social peruano como un Estado social desarrollista, el cual apuesta no por el asistencialismo que pretende paliar el problema de las necesidades básicas de momento sino por uno que verdaderamente apuesta por el desarrollo personal y la potencialidad de las capacidades del sujeto. Por ello, diferenciamos los conceptos de Estado social de Derecho y Estado de Bienestar; donde afirmamos que la diferencia central entre ambos radica en que el Estado social parte de los presupuestos del orden capitalista, dejando al mercado desplegarse libremente para después, distribuir

los beneficios producidos por el libre mercado entre la población, garantizando la participación de todos en igualdad de oportunidades respecto de las ganancias de la actividad económica. Por otro lado, el Estado de Bienestar parte del supuesto de que el capitalismo así desplegado libremente crea un orden social injusto y contrario a la dignidad humana por lo cual el Estado debe intervenir desde la fase de producción, alterando el orden socio-económico existente y reconfigurándolo desde el principio de justicia social.

- Comprobamos además que el concepto de Estado social de Derecho ha tomado dos connotaciones distintas, relacionadas con la finalidad que persigue. Una primera connotación ha sido aquella con la que surge, en el socialismo alemán del siglo XIX, como un Estado desarrollista. La segunda connotación ha sido aquella que retomó el capitalismo para preservarse del socialismo radical, como política asistencialista conservadora para aminorar las desigualdades, integrar a las clases obreras y evitar amenazas revolucionarias. Como vimos, este último fue el modelo de Estado Social incorporado en la mayoría de Constituciones sociales neoliberales de finales del siglo XX.
- Respecto a ello, afirmamos que el modelo político-capitalista de Estado social ha entrado en crisis. Por ello defendimos la idea que el modelo debe transitar desde uno con fines asistencialistas hacia otros con fines desarrollistas. Este tránsito significaría un retorno a sus orígenes, los cuales situamos en el socialismo moderado alemán del siglo XIX. Es decir, el tránsito del asistencialismo al desarrollismo supone cuestionar la noción del Estado social del neocapitalismo, el cual fue el que triunfó en las cartas constitucionales latinoamericanas de la década de los 90'. Sostuvimos en aquella oportunidad que el Estado social de Derecho de tinte asistencialista propuesto por el neocapitalismo debe entenderse ahora uno de tinte desarrollista, que garantice los derechos fundamentales en general, que incorpore los

principios de solidaridad y de justicia social, y que potencia la democracia participativa.

- También se observó que el Tribunal Constitucional Peruano tuvo la difícil tarea de conciliar el modelo neocapitalista económico con el principio de Estado democrático y social de Derecho, ambos incorporados por el Constituyente en la Constitución Política de 1993. Este proceso significó para el Tribunal una reorientación de la Carta Constitucional hacia la consecución de los fines del Estado social. Es por este proceso que el modelo de Estado Social Peruano presenta características muy particulares, que han sido desarrolladas jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional a partir de la escueta enunciación constitucional del Estado peruano como un Estado social en el art. 43 constitucional. En este capítulo, concluimos señalando que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha aportado a esta cláusula jurídica-constitucional de un sustento teórico acorde a los desarrollos dogmáticos de este modelo de Estado, el cual describimos en sus rasgos principales. La finalidad social, los valores jurídicos-sociales así como el contenido de derechos sociales fundamentales han sido definidos por el Tribunal como las características principales del Estado social peruano.
- En el segundo capítulo, se procedió a la configuración de los derechos sociales fundamentales en el constitucionalismo social peruano. Este capítulo tuvo la finalidad de delimitar a qué nos referimos con derechos sociales en la Constitución Política de 1993. Para ello, en primer lugar se señaló que en el constitucionalismo de inicios del siglo XXI, los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales y en la actualidad se encuentran contemplados en numerosas Constituciones y Tratados internacionales en el mundo entero. Surgen como el producto del reconocimiento constitucional de las exigencias sociales de los sectores más vulnerables de la sociedad, quienes

sufrieron las consecuencias económicas- sociales de la política del *laisser-faire*, que instauró el capitalismo a fines del siglo XVIII.

- La historia de la evolución de los derechos sociales en las Constituciones de la segunda posguerra evidencia que su reconocimiento como “derechos” no ha estado exento de discusión. Por el contrario, desde su aparición en el panorama constitucional, se le ha diferenciado respecto a los derechos civiles y políticos hasta el punto de llegar a separarlos en “generaciones” de derechos, relegando a los derechos sociales a un plano de inferioridad con respecto a los derechos liberales. Como lo hemos comprobado, esta visión de los derechos sociales se altera con el cambio de paradigma jurídico hacia el neoconstitucionalismo. Con la inmersión de reglas y principios en la Constitución, los derechos sociales son reconocidos como derechos fundamentales desde una doble dimensión: una material y una formal.
- Desde una dimensión material, los derechos sociales son valores constitucionalizados que imprimen en las actuales Constituciones la obligación del Estado de actuar conforme a las exigencias del principio de dignidad humana, donde toman cuerpo los principios de libertad fáctica e igualdad material. Respecto a su fundamentación material, concluimos que estos derechos hacen reales las exigencias de la libertad, al concretizarla en la realidad social pero, sobre todo, son fines en sí mismo, en el sentido de que aspiran a satisfacer algo más que la libertad real: aspiran a la realización del ser humano, garantizándole los elementos necesarios para la concretización de sus aspiraciones humanas. Desde una dimensión formal, los derechos sociales fundamentales son entendidos como normas jurídicas-constitucionales que poseen una doble función: no sólo constituyen derechos individuales subjetivos del individuo y del grupo, sino que además tutelan conexiones objetivas, complejos de normas

constituidas por el derecho positivo las cuales operan en un plano objetivo por encima de las personas, como directivas constitucionales y principios para la actuación legislativa del Estado.

- En el caso peruano, hemos comprobado que a partir de una Constitución neoliberal y limitativa de derechos sociales- como lo es la Constitución peruana de 1993- se ha procedido a la justiciabilidad de estos derechos, desde el momento en que el Tribunal Constitucional cambió la visión de los derechos sociales de “derechos programáticos” a “derechos fundamentales”. Para ello, primero se analizó las normas constitucionales que incorporan derechos sociales fundamentales en la Constitución de 1993. Aquí concluimos que estos derechos -en algunos casos- actúan como derechos subjetivos y -en otros casos- como principios objetivos de ordenamiento jurídico enunciados como principios jurídicos o como mandatos al legislador y a los demás poderes del Estado, los cuales deben dirigir su acción en el sentido que estipulan las normas-mandatos sobre derechos sociales. Después de un exhaustivo análisis a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia, se comprobó que los derechos sociales han sido justiciabilizados a través del uso de diversos mecanismos. Esta justiciabilidad- en los casos analizados- parte de la tesis, sostenida por el Tribunal Constitucional, de que los derechos sociales en Perú son exigibles constitucionalmente cuando se trata de la protección del contenido constitucionalmente protegido o cuando su desconocimiento afecta otros derechos fundamentales.
- En el tercer capítulo, se analizó la interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho interno peruano en materia de Derechos Sociales. Aquí partimos de la premisa de que el Estado peruano, al ratificar un tratado internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, no sólo los está reconociendo judicialmente como verdaderos derechos sino que

además se está obligando internacionalmente a respetarlos, protegerlos y garantizarlos; generando así la posibilidad de caer en responsabilidad internacional en el caso de no cumplir con las obligaciones asumidas en el tratado. Por ello, se analizó la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interrelación con el derecho interno de los Estados, a través del control de constitucionalidad- convencionalidad. Luego, nos centramos en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano en los tratados internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales tanto del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos (en el seno de la ONU) como en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en el seno de la OEA). La finalidad de este capítulo fue la de determinar los mecanismos de justiciabilidad internacional de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales en materia de DESC ratificados por el Estado Peruano.

- En primer lugar, se señaló que la aparición de los derechos humanos- a mediados del siglo XX- significó un cambio de paradigma en el Derecho Internacional Público. Al modificarse el sentido de las relaciones internacionales- que ahora velaban por los derechos, la paz y la seguridad internacional- se modificó también la forma de entender las obligaciones internacionales asumidas por los Estados y se instauró un nuevo orden público internacional, lo que a su vez determinó las características de los tratados internacionales cuando la materia versara sobre derechos humanos. Por ello, los tratados de derechos humanos tienen un efecto interno completamente diferente a los efectos de los tratados internacionales en otras materias. Al ser su protección una prioridad internacional, las obligaciones asumidas por los Estados no son negociables y los obliga a interpretar sus propios derechos fundamentales a la luz de la normativa internacional o a modificar su propia legislación para garantizarlos.

- Como vimos, esta relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno de los Estados no ha estado exenta de tensiones, lo cual ha propiciado que- desde ambos ámbitos- se propongan fórmulas para su integración. Desde el ámbito internacional se han propuestos diversos principios interpretativos de los derechos además de requisitos de admisibilidad a los Tribunales Internacionales, en observancia a la soberanía propia de los Estados. En el ámbito constitucional, se ha propuesto el bloque de constitucionalidad-convencionalidad, el cual está referido a la existencia de normas de naturaleza internacional que no aparecen enunciadas en los textos constitucionales pero que poseen fuerza constitucional por estar referidas en la misma Constitución. Al respecto, señalamos que la interpretación conforme del bloque de constitucionalidad-convencionalidad implica la aplicación de normas, principios y jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos en la determinación del contenido normativo de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.
- Finalmente, refiriéndonos específicamente a los derechos sociales, vimos que en el caso peruano- como en la generalidad de casos latinoamericanos- este bloque está conformado básicamente por los derechos sociales fundamentales incluidos en la Carta Constitucional de 1993, los derechos constitucionales innominados en materia social, los derechos sociales garantizados en el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos económicos, sociales y culturales de 1988, los derechos sociales garantizados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto de los Derechos Económicos, sociales y culturales de 1966. A estos debe agregarse otras disposiciones del derecho convencional, cuando estén referidas a la protección de estos derechos o al derecho consuetudinario internacional. Además en materia laboral y de

seguridad social, se deben observar los diversos Convenios de la Organización Internacional de Trabajo.

- En segundo lugar, procedimos a analizar detenidamente las obligaciones internacionales en materia de derechos sociales asumidas por el Estado peruano tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, señalamos que el Estado peruano se encuentra vinculado al Sistema Internacional- principalmente- por la firma de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la ratificación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por ello, está obligado a informar quinquenalmente al Comité de los DESC sobre el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos del Pacto, además de acatar lo previsto en las observaciones generales, con referencia a la interpretación de un derecho social previsto en el Pacto. Del análisis del cuerpo normativo del PIDESC, se señaló que las obligaciones asumidas por el Estado peruano en este tratado son: 1) adoptar medidas y realizar progresivamente los DESC 2) la obligación de no retroceso en la protección de los DESC 3) el respeto del contenido mínimo esencial de los DESC 4) garantizar los DESC de realización inmediata 5) La obligación de no discriminación en el ejercicio de los DESC y 6) observar los lineamientos desarrollados por el Comité DESC en el desarrollo de políticas económicas para su realización. De ratificar el Estado peruano el Protocolo Facultativo al PIDESC del 2008, se contaría no sólo con el mecanismo de informes quinquenales para la observancia de la garantía de los derechos contenidos en el PIDESC sino que además, cada persona sujeta a la jurisdicción del Estado peruano contaría con el mecanismo de comunicación individual para la defensa de su derecho social en caso de vulneración, con lo que se otorga a la persona de una garantía cuasi-jurisidiccional de defensa invaluable en el Sistema Universal.

- Con respecto a las obligaciones asumidas por el Estado peruano en el Sistema Interamericano, observamos que éstas se encuentran básicamente en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y en su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos sociales y culturales de 1988. Habíamos señalado que- de una interpretación sistemática de ambos tratados y de los principios del DIDH- las obligaciones asumidas por el Estado peruano en materia de DESC son: 1) las obligaciones genéricas de respetar y garantizar derechos además de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para darles efectividad 2) la obligación de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena eficacia de estos derechos así como que la prohibición de adoptar medidas regresivas es plenamente exigible 3) la obligación estatal de destinar los recursos de los que dispone a fin de cumplir con la demanda de los DESC y en caso de no hacerlo, justificar su decisión y 5) la obligación de asegurar la aplicación efectiva de la CADH, en relación a todos los derechos reconocidos en ella. Dado que el Estado peruano no sólo ratificó ambos tratados sino que además reconoció la competencia contenciosa y consultiva de la CorteIDH, éste se encuentra en el nivel más alto de garantía que el Sistema Interamericano brinda a los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, a través de esta “declaración de reconocimiento”, el Estado peruano se obliga a acatar las sentencias de la Corte IDH en lo que respecta a los casos en los cuales es parte demandada. Pero además- en el plano interpretativo- debe asumir la interpretación que sobre los derechos desarrolle la CorteIDH tanto en las sentencias que deriven de su competencia contenciosa -aun cuando el Estado peruano no sea parte del proceso- como de su competencia consultiva. Por ello, analizamos la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la CorteIDH para comprobar si ha procedido a desarrollar los DESC y si estos son o no justiciables.

- Así, de un análisis a su jurisprudencia paradigmática en la materia, observamos que la CorteIDH ha justiciabilizado derechos sociales no de forma directa, sino exclusivamente de forma indirecta, a través de su relación con los derechos civiles y políticos. Por su carácter conservador, la CorteIDH no se ha atrevido a justiciabilizar derechos sociales por vía de aplicación del art.26 de la CADH ni por la justiciabilidad de los derechos al acceso a la educación y a la seguridad social, los dos únicos derechos sociales directamente reclamables ante la CorteIDH. Concluimos que el desarrollo de los derechos sociales en la jurisprudencia de la CorteIDH se ha dado a través de la invocación de los derechos civiles y políticos y en mayor medida, por la invocación del derecho a la vida, en su versión extendida de “vida digna”.
- Para finalizar este capítulo, analizamos la aplicación por parte de la jurisdicción constitucional peruana de las disposiciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Primero, se analizó el rango constitucional de los tratados de derechos humanos en la Constitución Peruana de 1993. En segundo lugar, se analizó la ejecución de las sentencias internacionales jurisdiccionales y decisiones cuasi-jurisdiccionales en materia de derechos humanos por parte de los tribunales peruanos. Sobre el primero de estos puntos concluimos- después de una interpretación constitucional sistemática y constructiva- que la Constitución de 1993 reconoce el rango constitucional de los tratados en materia de derechos humanos. En materia de derechos sociales, esto significa que su contenido se determinará conforme a la Constitución de 1993; a lo señalado por el PIDESC y la interpretación que sobre sus disposiciones desarrolle el Comité DESC; a lo señalado por la CADH y su Protocolo Adicional en materia de DESC y la interpretación que sobre sus disposiciones desarrolle la CorteIDH además de lo estipulado en los Convenios de la OIT y las

disposiciones de otros tratados que contengan derechos sociales y de los cuales Perú sea parte. Sobre el segundo punto se señaló que el CPConst.- así como la legislación de desarrollo en la materia- reafirman el carácter vinculante de los tratados en materia de derechos humanos al determinar que las resoluciones de los organismos internacionales competentes no requieren- para su validez y eficacia- de reconocimiento interno.

- En la segunda parte de esta tesis, se analizó el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte del Tribunal Constitucional para la garantía jurisdiccional de los derechos sociales constitucionales en el Estado Social Peruano. Se dividió esta segunda parte en dos capítulos. El primero de ellos referido al rol que cumple el Tribunal Constitucional como garante de los derechos fundamentales en el Constitucionalismo social peruano. El segundo capítulo está referido a los mecanismos de justiciabilidad directa e indirecta de los derechos sociales fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Así, en el cuarto capítulo se trató sobre el rol del Tribunal Constitucional como garante de la constitucionalidad de las leyes y de los derechos fundamentales en el Constitucionalismo peruano. Aquí señalamos que la importancia del estudio jurídico-institucional del Tribunal Constitucional Peruano radicaba en el hecho de tener a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales como unidad de análisis de nuestra investigación. Por ello, analizamos la aparición y desarrollo de la jurisdicción constitucional en el constitucionalismo del siglo XX a partir de dos modelos los cuales dan origen a los actuales sistemas de jurisdicción constitucional en el constitucionalismo contemporáneo: a) la *judicial review* americana y 2) el modelo de jurisdicción concentrada o modelo europeo. A partir de ello, afirmamos que en el constitucionalismo contemporáneo, ambos

modelos no se han mantenido en puridad sino que se han aproximado mutuamente. Así, por ejemplo, en los Estados latinoamericanos las Constituciones han adoptado elementos de ambos modelos, con especiales particularidades, dando origen a los sistemas mixtos de control judicial de la constitucionalidad de leyes.

- A partir de la descripción genérica de la jurisdicción constitucional en el constitucionalismo contemporáneo, aterrizamos en la jurisdicción constitucional en el Perú. Después de un análisis detallado del sistema de control jurisdiccional descrito en la Constitución y en sus leyes de desarrollo, comprobamos que se trata de un modelo dual-orgánico de control de constitucionalidad de las leyes, entendida como la existencia de dos órganos -el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional- que ejercen de forma simultánea, el control de constitucionalidad con funciones propias, compartidas o exclusivas. Sin embargo, observamos que esta dualidad no se comparte en el aspecto funcional pues existe una mutua influencia entre los modelos puros de jurisdicción, los cuales se han ido desnaturalizando. Aquí también nos detuvimos en el análisis de los principios rectores de la actuación de la jurisdicción constitucional peruana. Se analizó su reconfiguración a partir del Código Procesal Constitucional del 2004, además de importantes figuras aplicables a los procesos constitucionales como la figura del precedente vinculante.
- Posteriormente, entramos a estudiar el rol del Tribunal Constitucional en la jurisdicción constitucional peruana. Aquí concluimos que el Tribunal Constitucional está configurado constitucionalmente como un órgano jurisdiccional al asumir la función de impartir justicia constitucional y convertirse así en una instancia de fallo respecto de los procesos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia, además de conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de los procesos constitucionales de la libertad.

Adicionalmente, ha sido señalado no sólo como el órgano de control de la Constitución sino también como su supremo intérprete e integrador, con autonomía procesal. Esta autonomía ha sido elemental para el desarrollo de figuras procesales que le han permitido actuar mejor en los procesos de garantías de los derechos fundamentales, entre los cuales han destacado los procesos en materia de derechos sociales.

- Finalmente sostuvimos que el rol del Tribunal Constitucional para la garantía de los derechos fundamentales en Perú ha tomado una mayor importancia a partir de la caída del régimen fujimorista, en el 2001. Después de ser un poder sometido durante sus primeros años al gobierno de turno, retomó las riendas de la institucionalidad democrática con una reorientación de sus fines políticos y una reinstauración de sus fines jurídicos. Así fue que adoptó, como función principal, la de adecuar las disposiciones constitucionales a los fines del Estado Democrático y Social de Derecho. Con la renovación de sus magistrados- a partir del año 2002- el Tribunal elaboró una jurisprudencia novísima en materia de derechos fundamentales, donde se comprueba un nuevo impulso garantista. Esto ha sido posible debido a las amplias competencias otorgadas por la Constitución de 1993 y recientemente, en el Código Procesal Constitucional de 2004. A pesar de las críticas y los intentos por recortar estas competencias y someter al Tribunal Constitucional al poder político, éste ha reforzado su imagen institucional con su actuación en el periodo aquí señalado como el más prolijo de su historia (2002-2008).
- Concluimos en este estudio que- partiendo del análisis de su historia institucional y de una revisión de su jurisprudencia en materia de derechos sociales- la jurisprudencia más importante y sustanciosa en la materia se ha dado en la que señalamos como la “cuarta etapa”,

aquella que empieza en mayo del 2002 hasta julio del 2008, donde se produce un verdadero renacer de la justicia constitucional peruana. De un análisis previo de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en esta etapa nos percatamos de la alta rigurosidad académica, de la tendencia progresiva hacia una mayor garantía de los derechos fundamentales y de la vanguardia de su proceso argumentativo. Por ello señalamos que su tendencia progresiva y garantista de los derechos fundamentales resulta un campo fértil para el análisis de los procesos de justiciabilidad de los derechos sociales.

- Finalmente, se procedió a proponer una tipología de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano en materia de derechos sociales desde una perspectiva constitucional comparada. Nuestra tipología fue propuesta tomando como elemento de análisis el proceso constitucional del que surge la sentencia. Se concluyó que la naturaleza del proceso del cual se deriva cada sentencia determina el nivel de protección de los derechos sociales. En el caso de las sentencias derivadas de procesos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales, existe una mayor garantía debido a que se trata de casos concretos. En el caso de las sentencias derivadas de procesos de inconstitucionalidad de leyes, existe una menor garantía debido a la abstracción de las normas sometidas a examen de constitucionalidad. Aun así, consideramos que en ambos casos se han garantizado derechos sociales, donde el Tribunal Constitucional ha actuado en ejercicio de sus competencias constitucionalmente establecidas y en el marco de las posibilidades procesales creadas en ejercicio de su autonomía.
- En el quinto y último capítulo de esta investigación, se comprobó la hipótesis de la investigación. Para ello, se hizo un estudio previo de todas las sentencias emitidas por el TC en materia de derechos sociales. Posteriormente, se seleccionó solo aquellas sentencias

referidas a los cinco derechos sociales expresamente reconocidos en la Constitución del 93', en las cuales se procedía a justiciabilizar el derecho dentro del periodo de estudio establecido. Para la comprobación de nuestra hipótesis, se analizaron un total de 52 sentencias; las cuales fueron clasificadas según el mecanismo de justiciabilidad aplicado por el Tribunal Constitucional.

- Para poder contextualizar nuestro análisis, nos detuvimos previamente en la problemática de la exigibilidad judicial y la justiciabilidad de los derechos sociales. Ya habíamos comprobado que existía una confusión en el uso de estos conceptos por parte de la doctrina jurídica-constitucional que había afectado al desarrollo jurídico-conceptual de los derechos sociales. En este punto, concluimos que estos son dos conceptos distintos que constituyen dos momentos claves del proceso jurisdiccional de tutela de los derechos sociales fundamentales. Defendimos esta afirmación después de observar que el elemento que destaca en el momento de la exigibilidad judicial es la capacidad jurídico-procesal del sujeto activo, mientras que el elemento que destaca en la justiciabilidad es la actividad jurisdiccional para la garantía del derecho. Por ello, se concluyó que ambos conceptos no pueden ser confundidos o utilizados indistintamente pues esto conllevaría inevitablemente a la incomprensión del proceso jurisdiccional para la garantía de los derechos sociales fundamentales.
- A continuación, se procedió a analizar los derechos sociales y la exigibilidad judicial a la luz del paradigma neoconstitucional. Aquí se desarrolló un análisis teórico-jurisprudencial de los clásicos postulados positivistas en torno a la exigibilidad judicial de los derechos sociales a partir del neoconstitucionalismo. Demostramos que los postulados positivistas eran insostenibles a la luz del paradigma neoconstitucional donde los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales que conforman la esfera de los indecible de la Constitución. Se

concluyó que, en la actualidad, los derechos sociales constituyen derechos subjetivos desde una visión evolucionada del concepto; son derechos positivos; resultan ser tan costosos como cualquier derecho civil o político; limitan la discrecionalidad del legislador y son susceptibles de ser exigibles judicialmente.

- Para adentrarnos ya en el tema de la justiciabilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo social peruano, nos detuvimos en el estudio de las garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos sociales en Perú. Aquí concluimos que las garantías jurisdiccionales forman parte de un complejo sistema de garantías en el marco del actual Estado constitucional de Derecho. Entonces, las garantías jurisdiccionales no son el único tipo de garantías de los derechos sociales pero resultan ser las más eficaces, las aplicables cuando las demás fallan. Además, señalamos que los derechos sociales-en este sistema garantista-constitucional -tiene una doble manifestación. Por un lado, cumplen una función de garantías normativas cuando se manifiestan como normas objetivas. Por otro lado, cuando se manifiestan como derecho subjetivo, son objeto de garantía para lo cual se han dispuesto las garantías jurisdiccionales.
- Posteriormente, determinamos cuáles son las garantías jurisdiccionales dispuestas por la Constitución peruana de 1993 para la defensa de los derechos sociales. En primer lugar, estudiamos el proceso constitucional de amparo como la garantía jurisdiccional idónea para la protección de los derechos sociales cuando actúan como derecho subjetivos. Se comprobó que este proceso es la garantía jurisdiccional que tutela en forma directa- en referencia al objeto de protección- los derechos sociales en el Perú. En nuestra investigación, constituye el proceso constitucional que en mayor medida ha justiciabilizado derechos sociales en el periodo señalado. En segundo lugar, estudiamos el proceso de inconstitucionalidad

como la garantía jurisdiccional para la protección de derechos sociales cuando actúan como parámetro de validez de la ley. Observamos aquí que la inconstitucionalidad ha significado la defensa de los derechos sociales ante una vulneración por una ley o norma con rango de ley, o su defensa ante una omisión legislativa. En nuestra investigación, constituye- después del amparo- el proceso constitucional que mayor protección ha otorgado a estos derechos. También comprobamos la protección indirecta de los derechos sociales a través del Hábeas Corpus y del Proceso de Cumplimiento.

- Finalmente, comprobamos que los derechos sociales constitucionales han sido justiciabilizados por el Tribunal Constitucional Peruano por medio de una serie de mecanismos incorporados en sus sentencias en la materia, en el periodo comprendido entre mayo del 2002 y julio del 2008. Del estudio de los casos analizados en la presente investigación, se obtuvo que estos mecanismos de justiciabilidad se definen por tres elementos: 1) la naturaleza del proceso constitucional del que derivan 2) el efecto de la sentencia y 3) el elemento generador de la justiciabilidad. En base a este último elemento, los mecanismos se van a diferenciar entre sí. Observamos que los mecanismos de justiciabilidad aplicados por el Tribunal se componen de la combinación de estos tres elementos en la estructura de las sentencias analizadas, siendo que es el “generador de justiciabilidad” el que determina la naturaleza del mecanismo y nos permite distinguirlos entre sí.
- Del estudio realizado en las 52 sentencias analizadas, se obtuvo 13 mecanismos de justiciabilidad. A su vez, estos mecanismos fueron clasificados en dos grupos dependiendo del tipo de proceso en el que se desarrollaron. Finalmente, cada uno de estos grupos se dividió en dos sub-grupos dependiendo del efecto de la sentencia sobre el proceso de justiciabilidad del derecho social. Así obtuvimos que los

mecanismos de justiciabilidad para la garantía de los derechos sociales constitucionales desarrollados por el TC peruano en el periodo comprendido entre el 2002-2008 se clasifican en: 1) justiciabilidad de los derechos sociales en sentencias emitidas en procesos constitucionales de libertad y 2) justiciabilidad de los derechos sociales emitidos en procesos de constitucionalidad de las leyes. A su vez, cada uno de ellos se sub-divide en dos grupos- dependiendo del efecto de la sentencia- en: a) justiciabilidad directa y b) justiciabilidad indirecta.

- Así, dentro del grupo 1.a), se encuentran 5 mecanismos de justiciabilidad, los que corresponden a sentencias en casos particulares: 1) justiciabilidad del derecho social en aplicación de su contenido constitucionalmente protegido 2) justiciabilidad del derecho social en la declaración de inconstitucionalidad de una norma en el caso concreto 3) justiciabilidad del derecho social en caso particular donde se comprueba los efectos lesivos de una política pública 4) justiciabilidad en caso particular donde se corrige la actuación de la Administración Pública y 5) justiciabilidad en caso particular donde se integra un vacío normativo para tutelar el derecho social. Dentro del grupo 1.b), tenemos 4 mecanismos de justiciabilidad: 1) justiciabilidad del derecho social a través del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva 2) justiciabilidad del derecho social en aplicación del principio de interdependencia con respecto a los derechos civiles y políticos 3) Justiciabilidad en aplicación del principio-derecho de igualdad al extender los beneficios sociales de un grupo de personas hacia otras y 4) justiciabilidad de un derecho social a partir del proceso constitucional de cumplimiento.
- Con respecto al grupo 2.a), tenemos hasta 3 mecanismos de justiciabilidad: 1) justiciabilidad del derecho social a través de la declaración de la inconstitucionalidad por omisión 2) justiciabilidad del

derecho social a través de la declaración de constitucionalidad de un sentido determinado de la norma legal 3) justiciabilidad del derecho social a través de la declaración del “estado de cosas inconstitucional”. Finalmente, en el caso del 2.b, se encontró solo un mecanismo de justiciabilidad la cual corresponde a la eficacia jurídica de la cláusula del Estado social y de las disposiciones que contienen principios esenciales del ordenamiento.

- Como conclusión general a esta investigación, podemos señalar que hemos comprobado que los derechos sociales sí son exigibles en Perú, desde el paradigma neoconstitucional. Esto no es posible sin más desde la Constitución de 1993, sino que requiere del ejercicio de las competencias cedidas al Tribunal Constitucional para la aplicación, interpretación e integración de los derechos sociales constitucionales en los procesos constitucionales que los tengan como objeto, ya sea como derecho subjetivo o como derecho objetivo del ordenamiento jurídico. Además, se ha comprobado aquí que las motivaciones políticas-jurídicas así como la composición institucional del Tribunal Constitucional han sido determinantes al momento de justiciabilizar de los derechos sociales. Al respecto, vimos como por tratarse de un Tribunal Constitucional de la transición política- post- era fujimorista- tenía una especial motivación política renovadora y democrática, donde la garantía de los derechos fundamentales resultaba vital para la reestructuración del Estado social y democrático peruano. En definitiva, la justiciabilidad de los derechos sociales encontró, entre 2002 y 2008, un campo fértil en el constitucionalismo peruano donde se conjugaron las condiciones que la hicieron posible: 1) garantías jurisdiccionales para su ejercicio 2) el tránsito del paradigma positivista al neoconstitucional y 3) un Tribunal Constitucional con amplias competencias y motivación política para garantizar derechos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ AA. VV., *Derechos económicos, sociales y culturales. Actas de la IV jornada de profesores de filosofía del derecho*, Murcia, Secretaria de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1981.
- ❖ ABAD, S., “La importancia de la justicia constitucional en América Latina” en AHRENS, H., *El Estado de Derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horts Schönbohm*, Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012.
- ❖ ABAD, S., *Constitución y Procesos Constitucionales*, Lima, Palestra, 2010.
- ❖ ABENDROTH, W. “El Estado de democrático y social como proyecto político” en *El Estado Social*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- ❖ ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- ❖ ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Derechos sociales: Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- ❖ ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2004
- ❖ ABRISKETA, J., “La población internamente desplazada en Colombia: Claves para interpretar la regulación internacional” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n°18, Diciembre 2009, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.
- ❖ ACOSTA SANCHEZ, J., *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998.

- ❖ AGUILAR CAVALLO, G., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos sociales”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, num.13, enero-junio 2010, pp.3-60.
- ❖ AGUILERA, R., y ESPINO, D., “Fundamentos, garantía y naturaleza política de los derechos sociales ante la crisis del Estado social de Derecho” en *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, Madrid, nº10, 2006-2007.
- ❖ AGUILERA, R., y ESPINO, D., “Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado social” en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas*, nº12, Julio 2010, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.
- ❖ AGUILÓ, J., “Positivismo y Post-positivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, Alicante, Universidad de Alicante, 2007, pp. 665-675.
- ❖ AHUMADA, M., *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Civitas, 2005.
- ❖ ALDUATE, E., *Derechos fundamentales*, Santiago, Legal publishing, 2008.
- ❖ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- ❖ ALEXY, R., “Derechos sociales fundamentales” en CRUZ PARCERO, J. Y VÁSQUEZ, R. (Comp.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, IJ, 2001, p. 69-70.
- ❖ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ❖ ALFONSO, V., “Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y justiciabilidad: Un análisis empírico”, en CLERICÓ, L. (Comp.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- ❖ ANDRES IBAÑEZ, P., “Democracia con jueces” en MALEM, J., OROZCO, J., Y VÁSQUEZ, R., *La función judicial. Ética y Democracia*, Barcelona, Ed. Gedisa y ITAM, 2003, p. 250.

- ❖ AÑÓN ROIG, M., “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”, en BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- ❖ AÑÓN ROIG, M., *Necesidades y Derechos, Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- ❖ AÑÓN ROIG, M.J., y GARCÍA AÑÓN, J. (coord.), *Lecciones sobre derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ❖ AÑÓN, J.M., “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, N°40, 2002.
- ❖ AÑÓN, M.J., “Ciudadanía Social: La lucha por los Derechos Sociales” en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n°6, Valencia, Universidad de Valencia, 2002.
- ❖ ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990.
- ❖ ARAGÓN, M., “La Constitución como paradigma”, en CARBONELL, M., (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4° ed., México, Porrúa, 2008.
- ❖ ARAGÓN, M., *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1990.
- ❖ ARANGO, R., *Democracia social: Un proyecto pendiente*, México, Ed. Fontamara, 2012.
- ❖ ARANGO, R., *El concepto de Derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Ed. Legis, 2° ed. 2012.
- ❖ ARANGO, R., “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, en *Revista de Derecho Público*, No. 12, Junio 2001, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, pp. 198.
- ❖ ATRIA, F., “¿Existen derechos sociales?” En *Discusiones*, año I, núm. 4, Argentina, Universidad Nacional del Sur, Febrero del 2005.
- ❖ AYALA CORAO, C., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en MENDEZ SILVA, R. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México, 2002.

- ❖ BALAGUER CALLEJÓN, F., “Constitución y ordenamiento jurídico” en CARBONELL, M. (COMP.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4º ed., México, Ed. Porrúa, 2008.
- ❖ BALDASSARE, A., “IL diritti sociali nella costituzione”, en TREU, T. y PALADIN, L., *Quale futuro per i diritti sociali?*, Atti del Convengo di Studio, Centro di Studi G. Martelletto, 1996.
- ❖ BARRY, N., *Welfare. Milton Keynes*, Londres, Open University Press, 1990.
- ❖ BASTIDA, J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos” en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, México, Ed. Fontamara, 2010.
- ❖ BAZÁN, V., “Conexiones y tensiones entre el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno en Latinoamérica” en *Justicia Constitucional, Derecho supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*, Lima, Ed. Grijley, 2007.
- ❖ BAZÁN, V., “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: El control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia de los casos de Brasil y Argentina”, en BAZÁN, V., (coord.) *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997.
- ❖ BEA, E., “Los derechos sociales ante la crisis del Estado de bienestar” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº10, Madrid, Sociedad española de Filosofía Política y Jurídica, 1993, pp.111-133.
- ❖ BENDA, E., “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad” en BENDA, E., *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- ❖ BENTHAM, J., *Fragmento sobre el gobierno*, Madrid, Ed. Aguilar, 1973.
- ❖ BERLIN, I., “Dos conceptos de libertad” en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. J. Bayón, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- ❖ BERLIN, I., “Le nationalisme: Dédains d’hier, puissance d’aujourd’hui” en BERLIN, I., *Á contrecourant. Essais sur l’histoire des idées*, Paris, Ed. Albin Michel, 1988.

- ❖ BERNAL PULIDO, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales: una crítica a ¿Existen derechos sociales? De Fernando Atria” en *Discusiones*, Año IV, N°4 , Argentina, Universidad Nacional del Sur, Febrero 2005.
- ❖ BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2005.
- ❖ BERNALES BALLESTEROS, E., “El art. 112 de la Constitución y la Ley n° 26657”, en *Pensamiento Constitucional*, año III, N°3, Lima, PUCP, 1996.
- ❖ BIAGGINI, G., “La idea de Constitución ¿Nueva orientación en la época de la globalización?”, En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm.7, 2003.
- ❖ BLANC, L., *L'organization du travail*, Paris, Bureau de la Société de l'Industrie Fraternelle, 7ª edición, 1956.
- ❖ BLANCAS BUSTAMANTE, C., “Los derechos laborales y la estabilidad en el trabajo”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Serie Lecturas sobre temas constitucionales n°10, Lima, CAJ, 1994.
- ❖ BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Ed. Dykinson, 2011.
- ❖ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Ed. Sistema, 1991.
- ❖ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, 3ra.ed, Bogotá, Ed. Temis, 2007.
- ❖ BOCKENFORDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- ❖ BOCKENFORDE, E., *State, Society, and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law*, Berg, New York, 1991.
- ❖ BOREA, A., *El sistema democrático constitucional peruano en la era de la globalización y los derechos humanos*, Lima, Gaceta Jurídica, 2007.
- ❖ BOURGEOIS, L., *Solidarité*, Paris, Bibliothèque républicaine, Le bord de l' eau ed., 2008.

- ❖ BRAGE, J., “La acción abstracta de inconstitucionalidad”, en FERRER MC GREGOR, E. (Coord.), *La ciencia del Derecho Procesal. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, Marcial Pons, IMDPC-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008.
- ❖ BREWER CARIAS, A., *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos. Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*, San José, IIDH, 2005.
- ❖ BRODERMANN, L., La Relación jurídico- procesal, en *Revista Alegatos*, n°62, México, Enero- Abril 2006.
- ❖ BUERGENTHAL, T., NORRIS, R. Y SHELTON, D., *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Civitas, 1988.
- ❖ BURGORGUE, L., *The inter-american Court of Human Rights. Case Law and commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- ❖ BUSTOS, R., “Derechos sociales: Desmontando prejuicios” en FIGUEROA, A., *Los derechos humanos en los umbrales del Siglo XXI*, México, IIJ-UNAM, 2012.
- ❖ BUSTOS, R., *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*, Santiago, Ed. Librotecnia, 2014.
- ❖ CAMARGO, P., *Manual de Derechos Humanos*, Bogotá, Ed. Lexus, 2001.
- ❖ CAMPS, V., “El descubrimiento de los Derechos Humanos” en MUGUERZA, J., *El fundamento de los derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1989.
- ❖ CANARIS, C.W., *Grundrechte und privatrecht*, Berlin, Verlag de gruyter, 1999.
- ❖ CANCADO TRINDADE, A., “Exhaustion of local remedies in relation to legislative measures and administrative practices- the european experience” *Malaya Law Review*, Singapore, 1976.
- ❖ CANCADO TRINDADE, A., “Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”. En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T. I, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2002.

- ❖ CANCADO TRINDADE, A., *El derecho internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Ed. Jurídica de Chile, 2006.
- ❖ CAPELLETI, M., *El control judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, México, UNAM, 1966.
- ❖ CARBONELL, M., *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Ed. Porrúa, 2005.
- ❖ CARMONA CUENCA, E., “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, en *Nuevas políticas públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las políticas públicas*, n°2, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006.
- ❖ CARRILLO SALCEDO, J., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2° reimpresión, 2004.
- ❖ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su dinámica y funciones*, Madrid, Tecnos, 1994.
- ❖ CARRION RODRIGUEZ, A., “El derecho internacional a la hora de la globalización” en OLIET PALÁ (comp.) *Globalización, Estado y Democracia*, Servicio publicaciones Universidad de Málaga, Málaga, 2003.
- ❖ CASAS BAHAMONDE, M., “La política social y el sistema normativo de la Organización Internacional del Trabajo; su contribución al desarrollo del derecho social de la Unión Europea”, en MARINO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- ❖ CASSESE, A., *International Law*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- ❖ CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1993.
- ❖ CASSIN, R., “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal” en A.A.V.V, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, IIJ, 1974.

- ❖ CASSIN, R., “La déclaration universelle et la mise en ouvre des droits de l’homme” en A.A.V.V., *Recueil des tours de l’academie de Droit international de la Haye*, vol. 79, 1951- II.
- ❖ CASTEL, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, 1º ed., Buenos Aires, Manantial, 2004.
- ❖ CASTRILLÓN Y LUNA, V., *El control constitucional en el Derecho Comparado*, México, UNAM-IIJ, 2006.
- ❖ CELOTTO, A., *La Corte Costituzionale*, Bologna, Soc. Editrice Il Mulino, 2004.
- ❖ CHRISTIANSEN, E., “Adjudicating non-justiciables rights: socio-economics rights and the South African Constitutional Court” en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 38, num.2, 2007.
- ❖ CLERICÓ, L., “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto” en CARBONELL, M., y GRANDÉZ, P. (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*, nº8, Lima, Palestra, 2007.
- ❖ CLERICÓ, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009.
- ❖ CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1992.
- ❖ COOMANS, F. (Coord.), *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*, Antwerpen, Intersentia and Maastricht Centre for Human Rights, 2006.
- ❖ CORSO, G., “Il diritti social nella costituzione italiana” en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, num. 3, 1981.
- ❖ CORTINA, A., “Concepto de derechos humanos y problemas actuales” en *Revista Derechos y Libertades*, N° 1, año I, Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, febrero-octubre 1993.
- ❖ COSSÍO, J.R., *Dogmática Constitucional y régimen autoritario*, México, Ed. Fontamara, 2000.
- ❖ COURTIS, C. y HAUSER, D., *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos*, México, Ed. Porrúa, 2005.

- ❖ COURTIS, C., *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Ed. Fontamara, 2009.
- ❖ COURTIS, C., *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2006.
- ❖ COX, R.H., “The consequences of welfare reform: how conceptions of social rights are changing”, en *Journal of Social Policy*, núm. 27/1, 1998.
- ❖ CRUZ PARCERO, J., “Derechos sociales: Clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual” en CANTÓN, O., y CORCUERA, S., (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, México, Porrúa, 2004.
- ❖ CRUZ PARCERO, J., *El concepto de derecho subjetivo*, 2º ed., México, Ed. Fontamara, 2004.
- ❖ CRUZ PARCERO, J., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- ❖ DE ASIS, R., “Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos”, en MUGUERZA, J. y PECES-BARBA, G., *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Madrid, Ed. Debate, 1989.
- ❖ DE ASÍS, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992.
- ❖ DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Universidad de León, 1993.
- ❖ DE CASTRO CID, B., “Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Derechos y Libertades*, Año III, Febrero 1998, num.6.
- ❖ DE LA MADRID, M., “Las grandes tendencias del constitucionalismos mexicano”. Ponencia presentada en el congreso “México y sus instituciones” organizada por el Archivo General de la Nación, México, 14 de Mayo de 1997.
- ❖ DE LIMA, R., “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de direito” en FARIA, J. (Ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Sao Paulo, Malheiros, 1994.

- ❖ DE LUCAS, J. y AÑÓN ROIG, M.J., “Necesidades, razones y derechos”, en *Doxa*, núm.7, 1990.
- ❖ DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, México, Ed. Fontamara, 1993.
- ❖ DE LUCAS, J. y AÑÓN ROIG, M., “Necesidades, Razones, Derechos”, en *Doxa*, Nº 7, 1990.
- ❖ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid, Ariel, 1987.
- ❖ DE VEGA, P., “Mundialización y Derecho Constitucional: para una palingenesis de la realidad constitucional” en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. En conmemoración de los 506 años del nacimiento del pensador florentino Donato Gianotti*, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- ❖ DEL VECCHIO, G., *La Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen dans la Révolution Française*, Roma, Ed. Nagard, 1979.
- ❖ DELEECK, H., « L’effet Mathieu » en *Droit Social*, Paris, Núm. 11,1979.
- ❖ DENNIS, M. y STEWART, D., “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?” En *American Journal of International Law*, v. 98, 2004, p. 462-515.
- ❖ DIAZ, E., *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Cuadernos para el diálogo, 4º ed., Madrid, 1972.
- ❖ DIEZ DE VELAZCO, M., *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1998.
- ❖ DOEHRING, K., “Estado social, Estado de Derecho” en *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- ❖ DOYAL, L., y GOUGHG, I., *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994.
- ❖ DUVERGER, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Presses Universitaires de France, Paris, 1963.

- ❖ DWORKIN, R., *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003.
- ❖ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Trad. M. Guastavino, Madrid, Ed. Ariel, 2002.
- ❖ EGUIGUREN, J., “Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por el Tribunal constitucional peruano” en FERRER MAC-GREGOR, E., *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Tomo V, México, IJ-UNAM, 2008.
- ❖ EIDE, A., “Economic, social and cultural rights as human rights” en EIDE, A., y C. KRAUSE (eds.), *Economic, social and cultural rights. A Textbook*, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- ❖ ELSTER, J., *Making Sense of Marx*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.
- ❖ ESPEJO, N., “La interpretación amplia de la no discriminación a la luz del principio de igualdad. Un enfoque igualitarista del interés público”, Conferencia presentada en el *Foro contra la Discriminación del Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile, junio de 2000.
- ❖ ESPEJO, N., “Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad” en ARCIDIÁCOMO, P. y otros (coord.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo de Hombre editores, 2010.
- ❖ ESPING-ANDERSEN, G., *The three worlds of welfare capitalism*, Cambridge, Cambridge Polity Press, 1990.
- ❖ ESPINOZA, J., *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- ❖ ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., *El revés del Derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

- ❖ ETO CRUZ, G., “Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales” en *Pensamiento Constitucional*, Año XV, n° 15, 2010.
- ❖ FABRE, C., *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- ❖ FAIRSTEIN, C., “Positive Remedies: The Argentinean Experience”, en SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Sidney, UNSW Press and Australian Human Rights Centre, 2005, p. 139-151.
- ❖ FAIRSTEIN, C., KLETZEL, G. Y GARCÍA, P., “En busca de un remedio judicial efectivo: Nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales”, en ARCIDIÓCONO, P., y ESPEJO, N., *Derechos sociales: Justicia, Política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2010, p. 27-82.
- ❖ FARIÑAS DULCE, M., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2000.
- ❖ FAVOREAU, L., "El bloque de constitucionalidad" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, N°5, 1990.
- ❖ FERNADEZ SEGADO, F., “El modelo francés de control político de la Constitucionalidad de las leyes: Su evolución”, en *Sobre la justicia constitucional*, Lima, Fondo editorial de la PUCP, 1990.
- ❖ FERNANDEZ DE CASADEVANTE, C., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. Dilex, Madrid, 2000.
- ❖ FERNÁNDEZ G., E., *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” - Dykinson, 2003.
- ❖ FERNANDEZ RIQUELME, S., “Sobre los orígenes de la Democracia social: Henri de Saint- Simon y Louis Blanc. Corporativismo y política social en el siglo XIX”, en *Anales de Historia contemporánea*, Universidad de Murcia, Vol.25, Febrero 2009.
- ❖ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, J., *La justicia Constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2° ed, 2007.

- ❖ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.
- ❖ FERNANDEZ SÁNCHEZ, P., “La soberanía poliédrica” en VARGAS GOMEZ- URRUTIA, M. (Coord.), *Soberanía del Estado y el Derecho internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Univ. De Sevilla, 2005.
- ❖ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La Dignidad de la Persona Como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico”, en *Derecho PUCP*, Número 50, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Diciembre 1996.
- ❖ FERNANDEZ-MIRANDA, A., “El Estado Social” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, N° 69. Año 23. Sept. /Dic. 2003
- ❖ FERRAJOLI, L., “Estado Social y Estado de Derecho” en ABRAMOVICH, V., Y J.M. AÑÓN (comp.), *Derechos sociales: Instrucciones de uso*, México, Ed. Fontamara, 1°ed. 2003.
- ❖ FERRAJOLI, L., “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, en *Isonomía*, N°16, IJJ-UNAM, 2002.
- ❖ FERRAJOLI, L., “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006.
- ❖ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- ❖ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.
- ❖ FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Ed. Trotta, 1996.
- ❖ FLORA, P. Y HEIDENHEIMER, *The development of welfare state in Europe and America*, Londres, Transaction Books, 1987.
- ❖ FORSTHOFF, E., “Concepto y esencia del Estado social de Derecho” en ABENDROTH, FORSTHOFF y DOERING, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ❖ FORSTHOFF, E., *El Estado de la sociedad industrial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1975.

- ❖ FORTSHOFF, E., *Verfassungsprobleme des Sozialstaates*, Münster, 1954.
- ❖ FREIXES SAN JUAN, T., *Constitución y Derechos fundamentales*, PPU, Barcelona 1992.
- ❖ FREIXES, T., Y REMOTTI, J., “Los valores y principios en la interpretación constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, nº35, 1992.
- ❖ FRIEDMAN, M., *Capitalismo y libertad. Ensayos de política monetaria*, Madrid, Ed. Síntesis, 2012.
- ❖ FURNISS, N. Y TILTON, T., *The case for the welfare state*, Indiana University Press, Bloomington-London, 1977.
- ❖ GALBRAITH, K., *Historia de la economía*, México, Ed. Ariel, 1989.
- ❖ GALINDO CAMACHO, M., “La Constitución mexicana de 1917 como modelo de la evolución del Derecho Constitucional de los países iberoamericanos” en *Memorias del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, T.I, México, Instituto de investigaciones jurídicas- UNAM, 1987.
- ❖ GARCÍA BELAUNDE, D., *Las constituciones del Perú*, Lima, 2º ed., Fondo editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2006.
- ❖ GARCÍA BELAUNDE, D., *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal constitucional*, Lima, Ed. Grijley, 2003.
- ❖ GARCÍA BELAUNDE, D., “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo” en DE VEGA, P. (Coord.), *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol.2, Madrid, Univ. Complutense, 2001.
- ❖ GARCÍA BELAUNDE, D., *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.
- ❖ GARCÍA BELAUNDE, D., *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1998.
- ❖ GARCÍA BELAUNDE, D., “La acción de inconstitucionalidad en el Derecho Comparado” En: *Lecturas Constitucionales Andinas*, N°1, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991.

- ❖ GARCIA COTARELLO, J., “Estado Social” En GONZALES ENCINAR, J.J., *Diccionario del sistema político español*, AKAL, Madrid, 1984, pp. 272-273.
- ❖ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Civitas, 2001.
- ❖ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.
- ❖ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Sobre los derechos públicos subjetivos” en *Revista española de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1975, pp. 427-446.
- ❖ GARCÍA MANRIQUE, R., “Socialismo y Derechos Fundamentales” en AAVV., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, Vol.3., Madrid, Dikynson, 2008, pp. 589- 614.
- ❖ GARCÍA MORALES, A., *La justiciabilidad de los derechos económicos seriales y culturales (DESC)*, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 2003.
- ❖ GARCÍA PELAYO, M., *La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p.43-88.
- ❖ GARCIA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, 7° ed., Alianza Universidad, Madrid, 1991.
- ❖ GARCIA PELAYO, M., *Obras completas*, Tomo I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ❖ GARCIA PELAYO, *Obras completas*, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ❖ GARCIA PELAYO, M., *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1980.
- ❖ GARCÍA RAMÍREZ, S., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa, 2007.
- ❖ GARCÍA, A. “La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales”, en PISARELLO, G., y GARCÍA, A., *Los derechos sociales como derechos*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

- ❖ GARCÍA, M., *Las Constituciones de los países socialistas*, ed. Celarayn, León, 1980.
- ❖ GARGARELLA, R., “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?” en *Perfiles Latinoamericanos*, nº 28, México, FLACSO, julio-diciembre 2006, pp.9-32.
- ❖ GARRIDO FALLA, F. y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
- ❖ GARRORENA MORALES, A., *El Estado Español como Estado Social y democrático de Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- ❖ GARZÓN VALDEZ, E., *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ❖ GASCÓN, M., “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 41, 1994, p.63
- ❖ GERWARTH, R., *The Bismarck Myth. Weimar Germany and the Legacy of the Iron Chancellor*, Clarendon Press, Oxford, 2005.
- ❖ GIDDENS, A., *Más allá de la izquierda y la derecha. El futuro de las políticas radicales*, Madrid, Cátedra, 1996.
- ❖ GIDI, A., y FERRER, E., *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, IIDP-Porrúa, 2ºed., 2004.
- ❖ GOLDSCHMITT, J. *Derecho Procesal Civil*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002.
- ❖ GOMES CANOTILHO, J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1997.
- ❖ GÓMEZ, I., *Globalización y justicia internacional*, México, FCE-SER, 2006.
- ❖ GONZÁLES AMUCHASTEGUI, J., “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad” en *Sistema*, nº101, 1991.
- ❖ GONZÁLES, J., *La Dignidad de la Persona*, Madrid, Civitas, 1986.
- ❖ GONZALEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002.

- ❖ GRANDEZ, P., *Entrevista a César Landa Arroyo: Juez Constitucional y compromisos éticos. La relevancia de los valores en la actuación de la magistratura constitucional*, Lima, Ed. Palestra, p.8, en (<http://www.palestraeditores.com/distribuidor/boletin/ENTRELANDA.pdf>), revisado el: 03-04-2014
- ❖ GRANT, J., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, México, UNAM, 1963.
- ❖ GROSS ESPIELL, H., *Estudios sobre Derechos Humanos*, Tomo II, Madrid, Civitas, 1988.
- ❖ GUASTINI, R., *Estudios de teoría constitucional*, 1ªed., México, IJ-UNAM y Ed. Fontamara, 2001.
- ❖ GUERRERO, M., “Análisis institucional de la política pública frente al desplazamiento forzado” en *Estudios en Derecho y Gobierno*, vol.3, n°1, Enero-Junio 2010.
- ❖ GURVITCH, G., *La Déclaration des droits sociaux*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1946.
- ❖ GURVITCH, G., “La dialéctica de la idea del derecho social en Lorenz von Stein” En *La idea del derecho social*, Granada, Ed.Comares, 2005, pp. 575-590
- ❖ GUTIERREZ GUTIERREZ, I., “ Globalización, Estado y Derecho Constitucional” en *A Distancia*, Vol. 19 No. 2, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001/2002.
- ❖ GUZMÁN, J. y ROMERO, I., “Crecimiento económico, gobernabilidad democrática y desarrollo social: Un enfoque integrador” en *Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, vol.39, núm. 153, Abril- Junio 2008.
- ❖ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, IJ- UNAM, México, 2001.
- ❖ HABERLE, P., “Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania” en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP, 2001, p. 155 y ss.
- ❖ HÄBERLE, P., “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: en análisis comparativo” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n°54, Sept-Dic 1998.

- ❖ HABERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, 1997.
- ❖ HABERMAS, J., *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991.
- ❖ HABERMAS, J., *Teoría y praxis. Estudios sobre filosofía social*, trad. S. Mas y C. Moya, Madrid, Tecnos, 1987.
- ❖ HABERMAS, J., “La crisis del Estado de Bienestar y el agotamiento de las energías utópicas” en *Ensayos políticos*, Península, Barcelona, 1988.
- ❖ HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.
- ❖ HABERMAS, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, 1981.
- ❖ HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987.
- ❖ HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, 2° ed. México, 1974.
- ❖ HART, H., “Postcript”, en HART, H.L.A. y DWORKIN, R., *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 1999.
- ❖ HART, H., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1992.
- ❖ HAURIOU, A., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ed. Ariel, 1971.
- ❖ HAURIOU, M., *Précis de Droit Constitutionnel*, 4° Ed., París, Ed. Sirey, 1965.
- ❖ HAYEK, F., *Derecho, legislación y libertad. El Espejismo de la justicia social*, vol.2, Madrid, Unión Editorial, 1979.
- ❖ HAYEK, F., *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

- ❖ HEGEL, G.W.F., *Principios de la filosofía del derecho, derecho natural y ciencia política*, trad. J.L Yermal, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1975.
- ❖ HELLER, A., *Más allá la justicia*, trad. J. Vigil, Crítica, Barcelona, 1990.
- ❖ HELLER, A., *Teoría de las necesidades en Marx*, trad. J. F. Ivars, Península, Barcelona, 1978.
- ❖ HELLER, H., *Escritos Políticos*, Alianza Universidad, Madrid, 1985.
- ❖ HERRERÍAS CUEVAS, I., *El control de constitucionalidad-convencionalidad. Sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007-2012)*, México, Ubijus, 2012.
- ❖ HESSE, H., *Escritos de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- ❖ HEYDE, L., *Compendio de política social*, trad. L. Tapia, Barcelona, Ed. Labor, 1931.
- ❖ HEYM, S., *Lasalle*, Londres, Bei Goldman press, 1998.
- ❖ HIERRO, L., “Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto”, *Sistema*, núm.46, 1986, PP.45-61
- ❖ HOBBSAWM, E., *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Barcelona, Ed. Crítica, 2000.
- ❖ HOLMES, S y SUSTEIN, C., *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*, New York, W.W. Norton, 1999.
- ❖ IANNI, O., *La sociedad global*, 3ªed., siglo XXI, México, 1995.
- ❖ JAMES, E., *Historia del Pensamiento Económico en el siglo XX*, México, FCE, 1998.
- ❖ JELLINEK, G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milán, Società Editrice Libreria, 1912.
- ❖ JIMENEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.
- ❖ KANT, E., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Trad. J. Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996.

- ❖ KANT, E., *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1989.
- ❖ KANT, E., *Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid, 1986.
- ❖ KELSEN, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional”, en *Ius et Veritas*, Lima, año V, núm. 9, 1994.
- ❖ KELSEN, H., *Teoría comunista del derecho y del estado*, trad. J. Weiss, Buenos Aires, Emecé Editores, 1957.
- ❖ KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, trad. L. Legaz y Lacambra, México, Ed. Nacional, 1970.
- ❖ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1993.
- ❖ KONDER, F., “Derechos innatos de la persona, dignidad de los desposeídos: Los derechos humanos en el siglo XXI: Vida o muerte de la civilización mundial” en DE VEGA. P. y MORODO, R., *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UNAM-IIJ y UCM, 2001.
- ❖ KRIELE, M., *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1980.
- ❖ LANDA, C., “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995.
- ❖ LANDA, C., “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional” en FERRER, E. y ZALDIVAR, A., (Coord.) *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*, Lima, IDEMSA, 2009.
- ❖ LANDA, C., “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional” en *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Año II, N°4, Julio 2006, Lima, Palestra, 2006.
- ❖ LANDA, C., *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Ed. Porrúa- IMDPC, 2011.
- ❖ LANDA, C., *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2004.
- ❖ LANDA, C., *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Palestra, 2007.
- ❖ LANGFORD, M., Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: Un análisis socio-jurídico, en *Sur*,

Revista Internacional de Derechos Humanos, v.6, n°11, Diciembre 2009, p.99-133

- ❖ LAPORTA, F., “Sobre el uso del término libertad en el lenguaje político”, en *Sistema*, num.52, 1983, p.23 y ss.
- ❖ LENIN, V., *Estado y revolución*, en *Obras escogidas*, vol. 2, México, Progreso, 1966.
- ❖ LEÓN XIII, *La Rerum Novarum*, Torino, Società Editrice Internazionale, 1929.
- ❖ LEÓN, F., *La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades*, Tesis inédita, Lima, PUCP, 2013.
- ❖ LLAMAS CASCÓN, Á., “Algunas consideraciones en torno de los derechos económicos sociales y culturales”, en *Derecho y Libertades*, año 3, N°6, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid- Boletín del Estado, 1998.
- ❖ LOCKE, J; *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, Trad. F. Giménez, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.
- ❖ MARCUSE, H., *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- ❖ MARINO, F., Y FERNÁNDEZ, C. (Coord.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio del Trabajo y asuntos sociales, 1996.
- ❖ MARX, K., *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*, Trad. A. Prior, Barcelona, Biblioteca nueva, 2002.
- ❖ MARX, K., *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, Madrid, Siglo XXI, 1980.
- ❖ MAZZARESE, T., “Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas” en ORTEGA, S., *Interpretación y razonamiento jurídico*, Vol.II, Lima, ARA editores, 2010, pp. 234-242.
- ❖ MAZZIOTI, M., “Diritti Social”, en *Enciclopedia del diritto*, Milan, vol.XII, Ed. Giúfre, 1964.

- ❖ MCGREW, A., “Globalization and Territorial Democracy”, en MCGREW, A., (comp.) *The Transformation of Democracy?*, Cambridge, 1997.
- ❖ MEDINA, C., “La interpretación de los tratados de derechos humanos”, en RODRIGUEZ PINZÓN, D., (COORD.), *La dimensión internacional de los derechos humanos*, Washington DC, BID- Washington University Collegue of Law, 1999.
- ❖ MELISH, T., “The Inter-american Court of Human Rights: Beyond progressivity”, en LANGFORD, T. (ED.), *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge University Press, New York, 2008.
- ❖ MENDOZA, M., “La autonomía procesal constitucional” en *Justicia Constitucional: Revista de jurisprudencia y doctrina*, año 2, n°4, Julio-Diciembre 2006, Lima, 2006.
- ❖ MICHELMAN, T., “The Constitution, Social rights and Liberal justification” en *International Journal of Constitutional Law*, vol.1, n°1, Oxford, Oxford University Press and New York University School of Law, 2003.
- ❖ MILÁ MORENO, J., “El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, en GÓMEZ ISA, F. (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, pp.185-213.
- ❖ MONEREO PÉREZ, J., *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.
- ❖ MONEREO PÉREZ, J., “La política social en el Estado de Bienestar: los derechos sociales de ciudadanía como derechos de “desmercantilización””, en *Revista del Trabajo y la Seguridad Social*, num. 19, 1995.
- ❖ MONEREO PÉREZ, J., “Hermann Heller, Un pensador para un tiempo de crisis” en AGUILERA, R., *Teoría del Estado Contemporáneo*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 332-333.
- ❖ MONEREO, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social: Los orígenes de los derechos sociales en España*, Granada, Ed. Comares, 2007.

- ❖ MONROY, J., “La “autonomía procesal” y el Tribunal Constitucional: Apuntes sobre una relación inventada” en *Themis - Revista de Derecho. Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, febrero 2008.
- ❖ MUÑOZ, R., *El Estado de Bienestar en el cambio de siglo*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.
- ❖ MUREINIK, E., “Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution” en *South African Journal of Human Rights*, vol.8, 1992.
- ❖ NIETO, A., *La balada de la justicia y de la ley*, Madrid, Ed. Trotta, 2002.
- ❖ NIKKEN, P., *La protección internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987.
- ❖ NINO, C.S., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ❖ NINO, C.S., *Ética y Derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984.
- ❖ NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Teoría y dogmática de los Derechos fundamentales*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- ❖ NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Ed. Librotecnia, 2008.
- ❖ NORBERT, E., *La sociedad de los individuos*, trad. J.A. Alemany, Barcelona, Ediciones Península, 1997.
- ❖ NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, México, FCE, 1991.
- ❖ O’CONNOR, J., *La crisis fiscal del Estado: Lucha de clases y crisis fiscal en la década de los ochenta*, Barcelona, Península, 1981.
- ❖ OCHOA RUIZ, N., *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Madrid, Civitas, 2004.
- ❖ OCHOA, C., “Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993”, en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Serie Lecturas sobre temas constitucionales 10, Lima, CAJ, 1995.
- ❖ OFFE, C., *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1994.

- ❖ ORÁA, Y., “La declaración Universal de Derechos Humanos” en GOMES ISA, F., *La protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.
- ❖ ORTECHO, V., “Dificultades y avances de la justicia constitucional peruana” en GARCÍA BELAUNDE, D. (COORD.), *La constitución y su defensa*, Ed. Grijley, Lima, 2003.
- ❖ ORTIZ DE LANDÁZURI, C., “La cuestión social hoy: ¿superación, transformación o profundización en el iusnaturalismo económico?”, en VV. AA., *Doctrina Social de la Iglesia y realidad socio-económica en el centenario de la “Rerum Novarum”. XII Simposio Internacional de Teología*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1991.
- ❖ OVEJERO, F., *Proceso abierto. El socialismo después del socialismo*, Barcelona, Ed. Tusquets, 2005.
- ❖ PALOMINO MANCHEGO, J., “Control y magistratura constitucional en el Perú” en *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México, 2008.
- ❖ PAREJO, A., *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.
- ❖ PÁSARA, L., *Jueces, Justicia y Poder en el Perú*, Lima, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, 1982.
- ❖ PASTOR RIDRUEJO, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6º ed., Madrid, Tecnos, 1996.
- ❖ PECES BARBA, G., ASIS ROIG, R. y BARRANCO, M.; *Lecciones sobre derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- ❖ PECES BARBA, G., *La dignidad humana de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.
- ❖ PECES BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1999.
- ❖ PECES BARBA, G., “Pasado y futuro de los Derechos Humanos” en AAVV, *Consolidación de derechos y garantías: Los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp.383-398.

- ❖ PECES BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Cuadernos N° 11, 1999.
- ❖ PECES BARBA, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica” en MARIÑO MENÉNDEZ, F. Y FERNANDEZ LIESA, C. (COORD.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- ❖ PECES BARBA, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ❖ PECES BARBA, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988.
- ❖ PEGORARO, L., *Justicia constitucional: Una perspectiva comparada*, Madrid, Ed. Dykinson, 2004.
- ❖ PENDAS, B., *Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado social*, Madrid, CEC, 1988.
- ❖ PEÑA, A., *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 1997.
- ❖ PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª Edición, Madrid, Tecnos, 2005.
- ❖ PEREZ LUÑO, A., “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, en ANSUÁTEGUI, F. (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Ed. Dykinson, 2001, pp.259-269.
- ❖ PEREZ LUÑO, A., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997.
- ❖ PEREZ LUÑO, A., “Los derechos sociales y sus críticos” En: THEOTONIO, V. y PRIETO, F., *Los derechos económicos y sociales y la crisis del Estado de bienestar*, ETEA, Córdoba, 1996.
- ❖ PEREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, 5º ed., Tecnos, Madrid, 1993.
- ❖ PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 18ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2002.

- ❖ PÉREZ SERRANO, N., *La noble obra política de un gran juez: Juan Marshall*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1995.
- ❖ PIKETTY, T., *Capital in the twenty-first century*, New York, Belknap Press, 2014.
- ❖ PINTO, M. “Los derechos humanos en el contexto internacional” en GUERRA, A. y FÉLIX, J. *La paz y el derecho internacional. III Encuentro de Salamanca*, Madrid, Ed. Sistema, 2005.
- ❖ PISARELLO, G., “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales”, en *Isonomía*, n°15, México, Octubre 2001.
- ❖ PISARELLO, G., “La renta básica como derecho y contrapoder” en *El vuelo del Ícaro*, n°2, www.redrentabásica.org, 2011.
- ❖ PISARELLO, G., y DE CABO, A., (Eds.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.
- ❖ PISARELLO, G., “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°92, México, UNAM, 2006.
- ❖ PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007
- ❖ PIZZORUSSO, A., “Las generaciones de Derechos”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, Vol.III, Madrid, 2002, p. 493-514.
- ❖ POGGE, T., *Hacer justicia a la humanidad*, México, FCE-UNAM, 2008.
- ❖ POSADA, A., “El derecho y la cuestión social”, *Estudio preliminar a Menger, A., El derecho civil y los pobres*, Comares, Granada, 1998.
- ❖ POULANTZAS, N., “Á propos de la théorie marxiste du droit”, en *Marx et le droit moderne*, Número especial de Archives de Philosophie du Droit, XII, París, 1967.
- ❖ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990,
- ❖ PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992.

- ❖ PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2001, Pp. 204.
- ❖ PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, Principios, Derechos*, Madrid, Ed. Dykinson, 1998.
- ❖ PRITCHETT, C., *La Constitución Americana*, Buenos Aires, Ed. Tipográfica argentina, 1965.
- ❖ PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Informe sobre Desarrollo Humano*, Ginebra, 2005.
- ❖ QUIROGA, A., “El derecho procesal constitucional peruano” en VEGA, J., y CORZO, E., *Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional, Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, México, 2014.
- ❖ QUIROGA, A., “Los excesos del Tribunal Constitucional Peruano: A propósito del control concentrado de la Constitución” en *Estudios Constitucionales*, año 3, N°2, Talca, Universidad de Talca, 2005.
- ❖ RAMÓN, T., *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Palestra, Lima, 2006.
- ❖ RAMOS OLIVEIRA, A., *Historia social y política de Alemania*, México, FCE, Vol. I, 1964.
- ❖ RAMOS PASCUA, J., “Sobre principios y normas” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n°10, Madrid, Sociedad Española de Filosofía jurídica y política, 1993.
- ❖ RAVENTÓS, D., *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999.
- ❖ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 2006.
- ❖ RAZ, J., *The morality of freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- ❖ RENTERÍA, A., “El garantismo en los tiempos de Neoconstitucionalismo” en *Papeles de teoría y filosofía del Derecho*, n°10, Madrid, Instituto “Bartolomé de las Casas- Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

- ❖ REY MARTINEZ, F., “Una relectura del Dr. Bonham’s case y de la aportación de sir Edward Coke a la creación de la judicial review” en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 27, n° 81, set- dic. 2007, pp. 847 y ss.
- ❖ RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas. Un estudio desde el igualitarismo contemporáneo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2006.
- ❖ RICHTER, W., *Bismarck*, Putman’s sons ed., New York, 1965.
- ❖ RODRIGUEZ CARRIÓN, A., “Derecho Internacional, Derechos humanos y derecho interno” en VV.AA, *Consolidación de Derechos y Garantías: Los grandes retos de los derechos en el siglo XXI, Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- ❖ RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Uniandes, Bogotá, 2009.
- ❖ RODRÍGUEZ PATRÓN, P., *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, 1ªed., Madrid, Iustel, 2005.
- ❖ RODRÍGUEZ- TOUBES, J., *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1995.
- ❖ RODRIGUEZ, C., Y RODRIGUEZ, D., “Un giro en los estudios sobre Derechos Sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del Desplazamiento Forzado en Colombia” en ARCIDIÓCONO, P., y ESPEJO, N., *Derechos sociales: Justicia, Política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2010.
- ❖ RODRÍGUEZ, C., Y ROGRÍGUEZ, D., *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Ed. Dejusticia, 2010.
- ❖ RODRIGUEZ, S., *Los principios generales del Derecho*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de publicación e intercambio científico, 2008.

- ❖ RODRIGUEZ-PATRÓN, P., *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003.
- ❖ ROSANVALLON, P., *La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Buenos Aires, Manantial, 1995.
- ❖ ROSENBERG, G., *The Hollow Hope. Can Courts bring about social change?* , Chicago, The University of Chicago Press, 1991.
- ❖ ROSSI, J. “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales” en COURTIS, C., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- ❖ ROUSSEAU, J.J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Valencia, Ed. Tilde, 1998.
- ❖ ROUX, T. “Legitimizing Transformation: Political Resources Allocations in the South African Constitutional Court” en GLOPPEN, S. y GARGARELLA, R., *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in new democracies*, Londres, Frank Cass, 2004.
- ❖ RUBIO CORREA, M., “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución Peruana de 1993”, en *Pensamiento Constitucional*, Año V, N°5, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1998.
- ❖ RUBIO LLORENTE, F., *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ❖ RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, En A.A.V.V., *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Vol.1, Madrid, DGCE/IEF, 1979.
- ❖ RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, en *Doxa*, 16-16,1994, pp.651-674.
- ❖ RUIZ MOLLEDA, J., “En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas” en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*, Lima, Palestra Editores, 2006, pp. 477-516.

- ❖ RUIZ-RICO RUIZ, G., “Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución española”, en *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 71, Enero-Marzo 1991, pp.171-195.
- ❖ RUSSO, A., *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 2001.
- ❖ SALDAÑA-ESPINOZA, E., “Sentencias interpretativas: Sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana” en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, noviembre 2006, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pp. 203-220.
- ❖ SALVIOLI, F., “El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos” en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, T.I, IIDH, San José, 2001.
- ❖ SALVIOLI, F., “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, N°40, IIDH, San José, 2004.
- ❖ SÁNCHEZ GONZÁLES, J.J., “La construcción histórica de la administración pública” en *La administración pública como ciencia: su objeto y su estudio*, México, Plaza y Valdéz, 2001.
- ❖ SAPIR, A., *Globalization and the reform of european social models*, Bruselas, Bruegel Ed., 2005.
- ❖ SASTRE ARIZA, S., “Hacia una teoría exigente de derechos sociales”, en *Revista de Estudios Políticos. Nueva época*, núm.112, Abril-Junio 2001, pp.253-269.
- ❖ SCHEININ, M., “Economics and social rights as legal rights” en ASBORJN, E.; KRAUSE, K. y ROSAS, A., (ed.), *Economics, social and cultural rights*, New York, M.Nijhoff, 2°ed, 2001.
- ❖ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- ❖ SCHMITT, C., “Grundrechte und grundpflichten” en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2°ed., Berlin, 1973.
- ❖ SCOTT, C., “The interdependence and permeability of Human Rights Norms: Towards a partial fusión of the international Covenants of Human Rights.” en *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 27., Ottawa,1989.

- ❖ SEN, A., *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona, Paidós, 1997.
- ❖ SEN, A., “Justice: Means vs. Freedoms”, *Philosophy and Public Affairs*, vol.19, n°2, 1990, p. 111-121.
- ❖ SEPÚLVEDA, M., “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los Pactos de Naciones Unidas”, en CANTON, O. y CORCUERA, S., *Derechos económicos, sociales y culturales: Ensayos y Materiales*, México, Ed. Porrúa, 2004, pp. 109-147.
- ❖ SINGELMANN, J., y SINGELMANN, P., “Lorenz von Stein and the paradigmatic bifurcation of social theory in the nineteenth century” en *The British Journal of Sociology*, vol. 34, no. 3, 1986.
- ❖ SOMMERMAN, K., *Staatsziele und staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.
- ❖ SOTELO, I., *El Estado social: Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Ed.Trotta, 2010.
- ❖ STARCK, C., *Praxis der Verfassungsauslegung*, Nomos, Baden-Baden, 1994.
- ❖ STUART MILLS, J., *Sobre la libertad*, Trad. P. Azcárate, Madrid, Biblioteca Alianza Editorial 30 aniversario, 2004.
- ❖ TAMAYO SALMORAN, R; “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica.” En MALEM,J., OROZCO,J., Y VÁSQUEZ, R., *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Ed. Gedisa y ITAM, 2003.
- ❖ TITMUS, R.M., *Política Social*, Trad. C. Rocha Puyol, Barcelona, Ariel, 1981.
- ❖ TOMASEVSKI, K., “Indicators”, en EIDE, A., Krause, C., y ROSAS, A., *Economics, Social and Cultural rights*, Dordrecht- Boston- Londres, Nijhoff Publishers, 1995, pp. 531-543.
- ❖ TORRES DEL MORRAL, A., “Naturaleza de los derechos constitucionales” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Universidad Católica, 1997, pp. 150.

- ❖ TROPER, M., “Existe-t-il un concept de gouvernement des juges?” En BRONDEL, S., FOULQUIER, N., y HEUSCHLING, L., *Gouvernement des juges et Democratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp.21-62.
- ❖ TROPER, M., “Kelsen y el control de constitucionalidad” en *Derechos y libertades*, Madrid, año II, núm. 4, 1995, pp. 307-331.
- ❖ TUGENDHAT, E., *Problemas: Lenguaje, Moral y Trascendencia*, Barcelona, Biblioteca Gedisa, 2010.
- ❖ TUGENDHAT, E., *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997
- ❖ TUSHNET, M., “Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social welfare Rights” in *Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p.53-78
- ❖ UPRIMNY, R., “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal” en O’DONNELL, D., y VILLA, A., (Comp.), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá, Oficina Alto Comisionado de NU para los derechos humanos, 2001.
- ❖ UROZ, J., “La llamada crisis del modelo del Estado de Bienestar: Reestructuración y alternativas” en *Misceláneas. Revista de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid*, Vol.68, núm.132, 2010, p.301.
- ❖ VAN HOOFF, T., “The legal nature of economic, social and cultural rights: A rebuttal of some traditional views”, en ALSTON, P. Y TOMASEVSKI, K.,(eds.), *The right to food*, Utrecht, 1984, pp.97-110.
- ❖ VASAK, K., “Human rights: as a legal reality”, en *The international dimensions of Human Rights*, Connecticut, Greenwood Press, 1982, p.3-10.
- ❖ VECINA SIFUENTES, J., “Las sentencias aditivas del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador” en *Justicia*, I vol., nº3, 1993.
- ❖ VEGAS, J., “Gratuidad de la enseñanza” en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Serie Lecturas sobre temas constitucionales 10, Lima, CAJ, 1994, p. 86.
- ❖ VERNENGO, R. J., “Los derechos humanos como razones morales justificatorias”, en *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 275-325.

- ❖ VICENTE, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.
- ❖ VILLAN DURAN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- ❖ VILLAN DURAN, C., "La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España", en AA.W., *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. II, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, p.30.
- ❖ VON HAYEK, F., *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza, 2002.
- ❖ VON STEIN, L., "The History of the Social Movement in France.1789-1850" ; Trad. K. Mengelberg, *The American Journal of Sociology*, Vol. 71, No. 6, 1966, pp. 746-747.
- ❖ VV.AA., *Consolidación de Derechos y Garantías: Los grandes retos de los derechos en el siglo XXI, Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- ❖ WOLFGANG, I., "Prohibicao de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestacao de um constitucionalismo dirigente possível" en *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, 2006.
- ❖ WOLF-LUBBE, *Die Grundrechte als Eingriffabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Nomos, Baden Baden, 1988.
- ❖ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- ❖ ZAGREBELSKY, G., "El tribunal constitucional italiano" en FAVOREU, L., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 443-444.
- ❖ ZAGREBELSKY, G., *Manuale di Diritto Costituzionale, Il sistema delle fonti di diritto*, Turin, UTET, 1990.
- ❖ ZOLO, D., "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los "derechos fundamentales", en *La Fundamentación de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 75-104.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

- ❖ Carta constitutiva de la Organización de los Estados Americanos
- ❖ Carta constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas
- ❖ Carta Internacional Americana de Garantías Sociales
- ❖ Convención Americana de Derechos Humanos
- ❖ Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969
- ❖ Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las persona con discapacidad.
- ❖ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer.
- ❖ Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los niños y de las niñas.
- ❖ Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial
- ❖ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias
- ❖ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- ❖ Convenios de la OIT sobre derechos laborales y derechos de los pueblos indígenas
- ❖ Declaración Americana de Derechos Humanos
- ❖ Declaración Americana de los Derechos del Hombre y de la Mujer
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1969
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1969
- ❖ Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

- ❖ Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988
- ❖ Protocolo Adicional al Pacto Internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales del 2008

DOCUMENTOS INTERNACIONALES CUASI-JURISDICCIONALES

- ❖ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 2626 (XXV), 24 de octubre de 1970.
- ❖ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 543 (VI), 5 de febrero de 1952.
- ❖ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución A/RES/63/117, de 10 de diciembre de 2008.
- ❖ CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, *Caso Metalclad corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo arbitral, sentencia del 30 de agosto de 2000.
- ❖ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS ONU, *Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el derecho al desarrollo*, E/CN.4/2001/26, Ginebra, 20 de marzo de 2001, p.49.
- ❖ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS ONU, *Los derechos económicos, sociales y culturales: Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer período de sesiones*, E/CN.4/2006/47, Ginebra, 14 de marzo de 2006.
- ❖ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS ONU, *Proyecto de Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/CN.4/1997/105, 18 de diciembre de 1996.

- ❖ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS ONU, *Cuestión del ejercicio, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y estudio de los problemas especiales con que se enfrentan los países en desarrollo en sus esfuerzos por hacer efectivos estos derechos humanos*, Resolución 2003/18, E/CN.4/2004/38, 22 de abril de 2003.
- ❖ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS ONU, *Información de organizaciones no-gubernamentales, Grupo de Trabajo de composición abierta sobre Un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/CN.4/2004/WG.23/CRP.3, Ginebra, 6 de febrero de 2004.
- ❖ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/2001/10, Ginebra, 10 de mayo de 2001.
- ❖ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Informe a la comisión de Derechos Humanos concerniente al Proyecto de Protocolo Facultativo para el Examen de Comunicaciones Relativas al incumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/1997/22. E/7C.12/1996/6, Ginebra, 1997, anexo IV.
- ❖ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observaciones finales: Chile*, E/C.12/1/Add.105, Ginebra, 2004.
- ❖ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observaciones finales: España*, E/C.12/ESP/CO/5, Ginebra, 2012.
- ❖ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observación General n°12, El derecho a una alimentación adecuada*, E/C.12/1999/5, Ginebra.
- ❖ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observación General N°9, La aplicación interna del Pacto*, E/C.12/1998/24, párrafo 3.

- ❖ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observación General N°3. La índole de las obligaciones de los Estados Parte*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990.
- ❖ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observación General N°4, El derecho a una vivienda adecuada*, E/1992/23, Ginebra, 1992
- ❖ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observación general n°14, El derecho al disfrute de nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, Ginebra, 2000.
- ❖ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observación General N°15, El derecho al agua*, E/C.12/2002/11, Ginebra, 2002.
- ❖ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observación general n°20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/GC/20, Ginebra, 2009.
- ❖ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observación General N°5, Personas con discapacidad*, E/1995/22, Ginebra, 1994.
- ❖ COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observación General N°16, La igualdad de derechos del hombre y de la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/c.12/2005/4, Ginebra, 2005.
- ❖ COMITÉS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ONU, *Observaciones Finales: Zambia*, E/C.12/II/Add. 106, Ginebra, 2005.
- ❖ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS ONU, Resolución 8/2 de 18 de junio de 2008.
- ❖ DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCIÓN DE LA CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS ONU DE 1993, A/ CONF: 157/23, Part. II, 1993

- ❖ PROCLAMACIÓN DE TEHERAN, *Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos ONU celebrada en Teherán*, A/CONF.32/41, 1968.
- ❖ SECRETARIA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Estudio Preliminar sobre las cuestiones relativas a la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/CN.4/988, 1969.
- ❖ SECRETARIA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Secretario General sobre el estado del Proyecto de Protocolo Adicional al PIDESC*, Nueva York, E/CN.4/2000/49, 2000.
- ❖ SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS, *Informe final sobre las cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos (derechos económicos, sociales y culturales), preparado por el Sr. El Hadji Guissé, Relator Especial, en cumplimiento de la resolución 1996/24 de la Subcomisión*, E/CN.4/Sub.2/1997/8, 1997.
- ❖ SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE LAS DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS, *Informe definitivo preparado por el Sr. Danilo Türk sobre la realización de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/CN.4/Sub.2/1992/16, 1992.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y COMPARADA

- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, BverfGE 7, 198, [Lüth], del 15 de enero de 1958.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, BverfGE, 45, 376.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, BversfGE, 33, 303.
- ❖ CAMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, Caso Viceconte c/ Ministerio de Salud y Acción Social, Sala IV, Argentina, sentencia del 2 de junio de 1998.

- ❖ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, C- 134/94, sentencia del 17 de marzo de 1994.
- ❖ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-406-92, sentencia del 5 de junio de 1992.
- ❖ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-153/98, sentencia de 13 de noviembre de 1998.
- ❖ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T- 700/99, sentencia del 15 de julio de 1999.
- ❖ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T 595/02, sentencia del 1 de agosto del 2002.
- ❖ CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, Caso CCT 11/00 del 4 de octubre del 2000.
- ❖ CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, *Minister of Health and Treatment Action Campaign, 2002*, SA 721 (CC) del 5 de julio de 2002.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso “Campo algodonero” vs. México*, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Fondo, reparaciones y costas, Serie C.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso “Tribunal Constitucional” vs. Perú*, Competencia, Sentencia del 24 de setiembre de 1999, Serie C.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas, sentencia del 1 de julio de 2009, Serie C.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones preliminares, Fondos, Excepciones y costas, sentencia del 26 de setiembre del 2006, Serie C, Núm. 154, párr. 123.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Baena Ricardo vs. Panamá*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 3 de febrero del 2001, Serie C.

- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10 de julio del 2007, Serie C.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso cinco pensionistas vs. Perú*, Fondo y reparaciones, sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio del 2005, Serie C.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de las masacres de Itaungo vs. Colombia*, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 1 de julio del 2006, Serie C.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 3 de marzo del 2005, Serie C.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Competencia, sentencia del 24 de setiembre de 1999, Serie C.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Pueblo indígena de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia del 27 de junio del 2012, Fondo y reparaciones, Serie C.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición Jurídica y Derechos humanos del niño*, OC-17/02 del 28 de agosto del 2002, Serie A.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC 18/03 del 17 de setiembre de 2003, serie A.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica. Voto recurrente del juez Piza Escalante*, OC-04/1984 del 19 de enero de 1984.

- ❖ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA, E.34, XXXV, sentencia del 13 de marzo del 2001.
- ❖ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA, *Caso “Defensor del pueblo de la Nación vs. Estado Nacional y otra* (Provincia del Chaco), Sentencia del 18 de setiembre del 2007.
- ❖ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA, *caso Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios*, Sentencia del 8 de julio del 2008.
- ❖ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE REPÚBLICA DOMINICANA, Resolución n° 1920- 2003 del 13 de noviembre del 2003.
- ❖ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case Airey vs. Ireland*, sentencia del 9 de octubre de 1979, Serie A.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0607-2009-PA/TC, sentencia del 15 de marzo del 2010.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0017-2008-PI/TC, sentencia del 15 de junio del 2010.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0008-2003-AI/TC, sentencia del 11 de noviembre del 2003.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0048-2004-PI/TC, sentencia del 1 de abril del 2005.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 2016-2004-AA/TC, sentencia del 5 de octubre del 2004.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1956-2004-AA/TC, sentencia del 5 de octubre del 2004.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0004-2004-AI/TC, sentencia del 21 de septiembre del 2004.

- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 004-2004-CC-TC, sentencia del 31 de diciembre del 2004.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0090-2004-AA/TC, sentencia del 5 de julio del 2004.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 4870-2007-PA/TC, sentencia del 12 de marzo del 2010.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0011-2002-AI/TC, sentencia del 10 de junio del 2002.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 2945-2003-AA/TC, sentencia del 20 de abril de 2004.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 2005-2009-PA/TC, sentencia del 16 de octubre del 2009.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0001- 0003-2003-AI/TC, sentencia del 4 de julio de 2003.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0261- 2003- AA/TC, sentencia del 26 de marzo de 2003.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0050-2004-AI/TC, sentencia del 3 de junio del 2005.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0042-2004-AI/TC, sentencia del 13 de abril del 2005.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0018-2003-AI/TC, sentencia del 26 de abril del 2004.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0217-2002-HC, sentencia del 17 de abril del 2002.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 2730-2006-PA/TC, sentencia del 21 de julio del 2006.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1680-2005-PA/TC, sentencia del 11 de mayo del 2005.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 05328-2006-PHC/TC, sentencia del 11 de mayo del 2007.

- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0024-2003-AI/TC, sentencia del 11 de octubre del 2005.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0020-2005-PI/TC, sentencia del 27 de septiembre del 2005.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 2579-2003-HD/TC, sentencia del 6 de abril del 2004.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0033-2010-PI/TC, sentencia del 10 de abril del 2012.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1417-2004-AA/TC, sentencia del 23 de junio del 2004.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 00023-2005-AI, sentencia del 27 de octubre del 2006.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0905-2001-AA/TC, sentencia del 14 de agosto del 2002.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0014-1996-AI/TC, sentencia del 28 de abril de 1997.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 06534-2006-AA/TC, sentencia del 15 de noviembre del 2007.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0006-2008-PI/TC, sentencia del 11 de junio del 2008.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 05427-2009-AC/TC, sentencia del 30 de junio del 2010.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1008-2004-AA/TC, sentencia del 18 de diciembre del 2007.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 3081-2007-PA/TC, sentencia del 9 de noviembre del 2007.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1124-2001-AA/TC del 11 de julio del 2002.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1776-2004-AA/TC, sentencia del 26 de enero 2007.

- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 5658-2006-PA/TC del 20 de diciembre del 2007.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 09332-2006-PA/TC , sentencia del 30 de noviembre del 2007.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 4232-2004-AA/TC, sentencia del 3 de marzo del 2005.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 1429-2002-HC/TC, sentencia del 19 de noviembre del 2002.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 590-2001-HC/TC, sentencia del 22 de junio del 2001.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 6572-2006-PA/TC, sentencia del 6 de noviembre del 2007.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 00014-2007-PI/TC, sentencia del 4 de mayo del 2009.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 00033-2007-PI/TC, sentencia del 13 de febrero del 2009.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0010-2002-AI/TC, sentencia del 3 de enero del 2003.
- ❖ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC 0008-2005-AI/TC, sentencia del 12 de agosto del 2005.