
PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO - INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
FUNDADA EN 1974
UNIVERSIDAD DE NAVARRA
PAMPLONA. ESPAÑA / ISSN: 0211-4526
2012/1 / NÚMERO 66 (ENERO-JUNIO) / 2012/2 / NÚMERO 67 (JULIO-DICIEMBRE)

DIRECTORA

Caridad Velarde

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR TÉCNICO

Juan Cianciardo
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

VOCALES

Francisco J. Contreras
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Isabel Trujillo

UNIVERSIDAD DE PALERMO

SECRETARIO

Aitor Rodríguez Salaverría
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

Las opiniones expresadas en los trabajos publicados en esta revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

COMITÉ CIENTÍFICO

Javier Hervada

Andrés Ollero
PRESIDENTES DE HONOR

Angela Aparisi
(NAVARRA)

Jesús Ballesteros
(VALENCIA)

Bogusław Banaszak
(WRÓCLAW)

Francisco Carpintero
(CÁDIZ)

Jean Luc Chabot
(GRENOBLE)

(†) Sergio Cotta
(ROMA)

Francesco d'Agostino
(ROMA)

Paloma Durán
(MADRID)

John Finnis
(OXFORD)

Robert P. George
(PRINCETON)

Juan José Gil-Cremades
(ZARAGOZA)

Mary Ann Glendon
(HARVÁRD)

Ilva M. Hoyos
(BOGOTÁ)

Roberto Ibáñez
(MÉXICO)

Werner Krawietz
(MÜNSTER)

Antonio L. Martínez-Pujalte
(ELCHE)

Carlos I. Massini
(MENDOZA)

José J. Megías
(CÁDIZ)

Peter-Paul Müller-Schmidt
(MÜNCHENGLADBACH)

Cristóbal Orrego
(SANTIAGO DE CHILE)

José A. Pastor-Ridruejo
(MADRID)

J. P. Rentto
(TURKU)

Pedro Serna
(CORUÑA)

Robert Spaemann
(STUTTGART)

Jean M. Trigeaud
(BURDEOS)

Francesco Viola
(PALERMO)

Christopher Wolfe
(MILWAUKEE)

Dirección, redacción y correspondencia:

Instituto de Derechos Humanos
Edificio de Bibliotecas, despacho 1731
Universidad de Navarra
31080 Pamplona. España.
Tfno.: 34-948425600
Telefax 34-948425636
e-mail: pyd@unav.es

Edita:

Servicio de Publicaciones
de la Universidad de Navarra, S.A.
Campus Universitario
31080 Pamplona (España)
T. 948 425 600

Precios 2011:

Unión Europea:
Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 50 €
Número suelto: 28 €
Otros países:
Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 52 €
Número suelto: 38 €

Maquetación:

pretexto@pretexto.es

Impresión: GraphyCems

Tamaño: 170 x 240 mm

Fecha impresión:
30-diciembre-2012

DL: NA 685-1975
SP ISSN: 0211-4526

PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS
2012* / NÚMERO 66 (ENERO-JUNIO)

LOS DERECHOS SOCIALES

Boguslaw BANASZAK

Constitutionalisation of Social Human Rights – necessity or luxury? 17-28
[Constitucionalización de los derechos sociales. ¿Necesidad o lujo?]

Paloma DURÁN Y LALAGUNA

Las referencias onusianas para una definición europea de derechos sociales 29-48
[The UN references to define social rights in Europe]

Andrés OLLERO

Los nuevos derechos 49-62
[The new Rights]

Enrique DEL CARRIL

Notas para una fundamentación de los derechos sociales 63-79
[Notes for a Foundation of Social Rights]

María Marta DIDIER

La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos: un imperativo del principio de igualdad 81-107
[The judicial enforcement of basic social rights: a requirement of the principle of equality]

Fernando TOLLER

La armonización de derechos mediante el control de razonabilidad. Reflexiones sobre el principio de proporcionalidad y aplicación práctica a partir de un caso de vacunación obligatoria 109-146
[Justice in Decision-making and Discretionary Regulations. The Harmonization of Rights and Public Goods Through a Reasonableness Analysis Using a Case of Mandatory Vaccination]

Carlos HAKANSSON

Los derechos sociales en la Constitución peruana. Elementos para una aproximación al reconocimiento y vigencia de los derechos sociales en el marco iberoamericano

147-180

[Social rights in the Peruvian Constitution. Elements for an approach to the recognition and enforcement of the social rights in the Latin American context]

Carlos Diego MARTÍNEZ-CINCA

La democracia liberal entre la crisis del Estado de bienestar y la retórica circular de la eficiencia

181-200

[Liberal Democracy, the Crisis of the Welfare State, and the Circularity of Efficiency as a Social Goal]

Alfonso MARTÍNEZ-CARBONELL LÓPEZ

Claves educativas para responder a los actuales retos de Europa

201-225

[Educational keys to respond to the current challenges in Europe]

RECENSIONES

RAMÍREZ GARCÍA, H. S. / PALLARES YABUR, P. de J., *Derechos humanos* / [Juan Cianciardo] / 229 // GRONDIN, J., *¿Qué es la hermenéutica?* / [Carlos I. Massini Correas] / 232 // VENDEMIATI, A., *San Tommaso e la legge naturale* / [Daniel Contreras Ríos] / 236 // RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., *Interpretación, Derecho, Ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica* / [Leticia Cabrera Caro] / 241 // GARCÍA CUADRADO, Antonio M., *Principios de Derecho constitucional* / [Sonsoles Arias Guedón] / 245 //

PERSONA Y DERECHO

ISSN: 0211-4526

REVISTA DE
FUNDAMENTACIÓN
DE LAS INSTITUCIONES
JURÍDICAS
Y DE DERECHOS
HUMANOS

NÚMERO 66
2012 / 1
LOS DERECHOS
SOCIALES

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO /
SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD
DE NAVARRA / PAMPLONA / ESPAÑA



Universidad
de Navarra

Los derechos sociales en la Constitución peruana

Elementos para una aproximación al reconocimiento y vigencia de los derechos sociales en el marco iberoamericano

Social rights in the Peruvian Constitution

Elements for an approach to the recognition and enforcement of the social rights in the Latin American context

RECIBIDO: 2012-10-17 / ACEPTADO: 2012-11-15

Carlos HAKANSSON*

Profesor de Derecho Constitucional y Derecho de Integración (Universidad de Piura)

Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario Europeo (Comisión Europea)

carlos.hakansson@udep.pe

Resumen: El reconocimiento progresivo de los derechos sociales en la historia de los textos constitucionales peruanos data de 1920, paralelamente a su aparición en la Constitución de Querétaro (1917) y de Weimar (1919), pero su desarrollo teórico y jurisprudencial es reciente, y ha comenzado con la actual Constitución de 1993. Sobre esta base, el Tribunal Constitucional ha propuesto un tratamiento diferenciado entre estos derechos y los derechos civiles y políticos, y ha impuesto al Estado la obligación propender progresivamente a su vigencia. En este trabajo se expone cómo ha sido el reconocimiento y cuál es la efectividad de los derechos sociales en la Carta de 1993, y se comparará su evolución con la que se ha dado en otros países latinoamericanos.

Palabras clave: Constituciones iberoamericanas, justiciabilidad, normatividad directa, derechos sociales, derechos presenciales.

Abstract: The increasing recognition of social rights in the history of Peruvian constitutional texts dating from 1920, parallels to its origin in the constitutions of Querétaro (1917) and Weimar (1919), respectively, but their maximum theoretical and jurisprudential development is recent, with the current 1993 Constitution. The Constitutional Court has argued that rights are not treated second rate compared to civil and political, and has forced the Peruvian government to make the principle of progressive for its full realization. This paper proposes the recognition approach, jurisprudence and effectiveness of social rights in the Charter of 1993, and as part of some Latin American constitutions.

Key words: Latin American constitutions, justiciability, direct normativity, social rights, benefits rights.

Sumario: I. Nuestro punto de partida: ¿qué entiende el Tribunal Constitucional peruano por derechos sociales? II. El catálogo de derechos y libertades en las constituciones iberoamericanas. III. La presencia de los derechos sociales en las constituciones de Argentina, Chile, y México. IV. ¿Son todos los derechos sociales plenamente justiciables? Una mirada a Chile, Argentina, México y Perú. V. ¿Qué recursos existen para defender los derechos sociales en la Constitución peruana? ¿Se ha considerado la llamada acción de inconstitucionalidad por omisión? Una mención al caso brasileño. VI. El desarrollo legal, jurisprudencial e institucional de los derechos sociales. VII. ¿Existen decisiones del Tribunal Constitucional peruano, u órgano equivalente, que se pronuncien sobre el contenido de los derechos sociales? VIII. ¿Tienden los tribunales ordinarios a dotar de eficacia directa a los derechos sociales, con independencia de su desarrollo legal? ¿En qué ámbitos puede apreciarse esta tendencia? IX. El caso español. Una comparación con la realidad de la Constitución de 1978. X. ¿Cuáles son las preocupaciones básicas en materia de derechos sociales que existen en la Constitución peruana? XI. ¿Hasta qué punto cabe defender la justiciabilidad de los derechos sociales en la Constitución peruana? Elementos para una aproximación al reconocimiento y vigencia de los derechos sociales en el marco iberoamericano.

* La presente investigación se desarrolló gracias a la invitación del Profesor Dr. D. Ángel José Gómez Montoro para exponer en un simposio internacional titulado: “El constitucionalismo social”, organizado por el Aula Parlamentaria de la Universidad de Navarra (Pamplona, España), actividad académica auspiciada por el Parlamento de Navarra, 25 de noviembre de 2011.

I. NUESTRO PUNTO DE PARTIDA: ¿QUÉ ENTIENDE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO POR DERECHOS SOCIALES?

En el presente trabajo analizamos el reconocimiento y judicialización de los derechos sociales en la Constitución peruana de 1993. Para comenzar, consideramos indispensable partir de su ubicación en la Carta Magna y lo que el Tribunal Constitucional peruano, su máximo intérprete, entiende por los llamados derechos sociales. De esta manera, el capítulo II del título I de la Constitución regula los llamados derechos sociales y económicos, si bien está dedicado a reconocer los primeros, el término económicos alude que el cumplimiento de las prestaciones que se derivan de los derechos sociales supone para el Estado peruano la disposición de significativas sumas de dinero del presupuesto nacional. Para el Tribunal Constitucional, como máximo garante de los derechos humanos en la jurisdicción interna peruana, los derechos sociales son aquellas “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 económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana”¹.

De la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional peruano, entendemos que los derechos sociales reconocidos en la Carta Magna son tales por imponer al Estado la obligación de otorgar prestaciones tendentes al mejoramiento social². Es así que pueden entenderse en un doble sentido, objetivo y subjetivo. En sentido objetivo, se trata del conjunto de normas de rango constitucional con las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales; en cambio, en sentido subjetivo, pueden entenderse como las facultades de los ciudadanos y grupos a participar de un estado del bienestar, lo que se significa gozar de determinados derechos y prestaciones, ya sea directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.

Cabe precisar que el catálogo de derechos de la Constitución peruana no hace distinción entre humanos, fundamentales y constitucionales³. En efec-

¹ Cfr. Exp. Nro. 2945-2003-AA/TC (Fundamento jurídico 10).

² En el mismo sentido véase, COSSÍO DÍAZ, J., *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989, p. 45.

³ En el mismo sentido, véase CASTILLO CÓRDOVA, L., “Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico”, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, n° 50 (2005), p. 15.

to, revisando el articulado de la Constitución observamos que las distintas denominaciones (derechos constitucionales, fundamentales y humanos) son utilizadas casi indistintamente por la Carta de 1993. Sin embargo, cuando se pretende clasificar los derechos humanos, consideramos que lo más prudente es una visión más humanista, que no deberá centrarse en el momento histórico en que fueron conceptualizados (generaciones) sino más bien que tenga como centro al mismo destinatario de estos derechos: la persona humana. De esta manera, proponemos que tanto los derechos civiles y políticos responden a una concepción preponderantemente antropológica del ser humano entendido éste como existencia, mientras que los llamados derechos económicos, sociales, culturales así como los de solidaridad, responden más bien a su concepción más sociológica, ya que se trata del ser humano en relación con los demás, es decir como coexistencia de la persona humana en comunidad; pues la naturaleza humana no sólo es individual sino también social, como las dos caras de una misma moneda; consideramos que se trata de una clasificación más acorde con una teoría constitucional que tiene como centro a la persona⁴.

Una vez conocido el reconocimiento y significado que tienen los derechos sociales en Constitución de 1993 y su Tribunal Constitucional, nos ocuparemos de brindar los elementos necesarios para una aproximación al reconocimiento de los derechos sociales de la Carta peruana en el marco iberoamericano, deteniéndonos especialmente, pero sin mayor abundamiento, en las constituciones Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, España y México porque superarían las expectativas de este trabajo.

II. EL CATÁLOGO DE DERECHOS Y LIBERTADES EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

Las constituciones iberoamericanas combinaron en un principio los derechos individuales procedentes de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), con la Carta de Derechos de la Constitución Norteamericana (1791)⁵. En un solo catálogo se combinaron dos mo-

⁴ El planteamiento de esta clasificación aparece en HAKANSSON, C., *El concepto del Patrimonio Común de la Humanidad*, tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho en la Universidad de Lima, Lima, 1994 (inédita).

⁵ La Carta de Derechos estadounidense, conocida como el *Bill of Rights*, está compuesta por las diez primeras enmiendas de la Constitución y fueron aprobadas en bloque en 1791.

delos distintos, pues la histórica Declaración francesa es un escrito para el mundo, más cercano a un documento filosófico y no judicialista de nacimiento para la protección y defensa de los derechos por los jueces; a diferencia del *Bill of Rights* estadounidense, sus diez primeras enmiendas (1791), cuya redacción contiene un mandato vinculante y, desde su enmienda por adición en la Constitución de 1787, debe ser observado, protegido y actualizado por los jueces de su Corte Suprema. Sobre este tema, las apreciaciones de Schur son ilustrativas cuando nos dice que para “los franceses, la Declaración (de los derechos humanos) es tan sólo una obra maestra de la oratoria, los artículos están ahí en su pureza abstracta, en el brillo de su majestad y del dominio de la verdad sobre los hombres. Ningún tribunal puede usarlos para apoyar una pretensión o para fundar una decisión. Los franceses escriben para la enseñanza del mundo entero; los constituyentes americanos, en cambio, han redactado los artículos de sus declaraciones para la utilidad y el agrado de sus conciudadanos”⁶.

La influencia francesa en la emancipación de las colonias españolas y en la creación de sus primeras instituciones independientes, llevo a los países iberoamericanos a abusar en el reconocimiento de derechos y libertades en la historia de sus textos constitucionales, pese a incorporar cláusulas inspiradas en la Constitución norteamericana, de manera casi literal.

La redacción de los derechos reconocidos en la Constitución argentina es semejante al *Bill of Rights* estadounidense porque declara los derechos reconocidos en grandes párrafos en lugar de su sólo enunciado. A diferencia del resto de constituciones iberoamericanas estudiadas, que son similares y que parecen inspiradas por un lado la Constitución española de 1978, y por otro, a los instrumentos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su Protocolo Facultativo, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁷.

Al igual que la Constitución española de 1978, la peruana de 1993 empieza el capítulo de los derechos fundamentales, con el reconocimiento de la dignidad humana. Sin embargo, su tratamiento es repetitivo, error del que adolece más de una constitución en Iberoamérica. En algunas constituciones

⁶ Véase SCHNUR, R. en KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 206.

⁷ Es más, la disposición final número cuarta establece que los derechos en la Constitución peruana se interpretarán conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos que haya ratificado el Estado peruano.

iberoamericanas se reconocen derechos como «a la paz»⁸ o «al desarrollo». La razón está probablemente en utilizar como fuente de inspiración los pactos, convenciones o declaraciones internacionales que tienen una naturaleza distinta, pues, son aspiraciones de la comunidad internacional⁹.

Un caso aparte es la nueva Constitución ecuatoriana que se aparta de una tradición surgida al final de la Segunda Guerra Mundial de encabezar los textos constitucionales con el reconocimiento de la dignidad humana sino más bien comienza declarando los elementos constitutivos del Estado; buscando resaltar su papel y poner en un segundo plano a la persona. Con relación a los derechos, el artículo 10 otorga la titularidad a varios entes diferentes a la persona humana; a la letra nos dice que “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y los instrumentos internacionales”. También destacamos una categoría nueva, por decir lo menos, que son los llamados “derechos del buen vivir”, en los que se agrupan el derecho al agua, al seguro permanente, a los alimentos, la llamada soberanía alimentaria y al ambiente sano; nos preguntamos ¿cuáles son los derechos “del mal vivir”? En realidad no existen, pues, como sabemos, los derechos tienen por definición un contenido que resulta bueno para la plena realización de la persona humana.

III. LA PRESENCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES DE ARGENTINA, CHILE, Y MÉXICO

Las constituciones iberoamericanas contemporáneas responden en su base conceptual a los planteamientos madre del constitucionalismo: separación de poderes, normas relativas al Estado de Derecho, derechos fundamentales y procedimiento de reforma, y también con la influencia europea continental; es decir, cartas político-organizativas, norma fundamental del ordenamiento jurídico, con lo necesario para tener una pequeña dosis liberal y el reconocimiento de derechos sociales, tribunal constitucional, régimen económico, defensor del pueblo, instituciones públicas con rango constitucional,

⁸ El derecho a la paz también se encuentra en la Constitución colombiana –artículo 22– pero de acuerdo con su artículo 85 no le reconoce aplicación directa ante los tribunales.

⁹ La paz, el desarrollo y el patrimonio común de la humanidad son conocidos como derechos de tercera generación por la comunidad internacional.

etc. Es en este contexto que la incorporación de los derechos sociales en las constituciones modernas supuso una transformación en el significado de una constitución.

La presencia de un catálogo de derechos sociales en las constituciones es distinta de los derechos civiles y políticos, porque los primeros exigen una actuación positiva por parte del Estado, a diferencia de la libertad, la igualdad, y la propiedad que demandan una actitud contraria, una abstención a interferir en la esfera de libertad de las personas. Por otro lado, la finalidad de una declaración de derechos sociales en una constitución es hacer efectiva la igualdad material del constitucionalismo clásico para así mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Los llamados derechos sociales aparecen gracias a la influencia de las constituciones mexicana de Querétaro de 1917 y la alemana de Weimar de 1919¹⁰. En el Perú se empiezan a reconocer con la Constitución de 1920 pero el exhaustivo catálogo de estos derechos apareció por primera vez en la Carta de 1979 por influencia de la Constitución española de 1978 y los tratados internacionales de derechos humanos, en especial, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

El régimen económico de la Constitución peruana y las libertades reconocidas (libre iniciativa privada, pluralismo económico, libre competencia, libertad de empresa, libertad de contratar, etc.) se encuentra en el título III, regulados entre los artículo 58 a 65. Los llamados derechos de la tercera generación, o difusos, se encuentran en distintos apartados; el derecho a la paz y al desarrollo en el artículo 2, inciso 22, en el capítulo I del título I que reconoce

¹⁰ La Constitución mexicana de 1917 se adelantó en reconocer los derechos sociales por presión de la realidad política, económica y social. En efecto, si la Revolución mexicana tuvo como finalidad acabar con la dictadura del General Porfirio Díaz, el principal producto de la revolución, la Constitución de 1917, se ocupó del tema agrario y las reivindicaciones sociales de campesinos y obreros; la preocupación social del Constituyente mexicano se puso de manifiesto en varias disposiciones de la Carta de 1917, destacando los artículos 3, 27 y 5 (con relación al artículo 123). Con relación a la Constitución de Weimar de 1919, la derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial fue un golpe para el gobierno autoritario de Federico II y momento para que la oposición política propiciara el final del régimen en 1918; la Constitución de Weimar fue innovadora para el constitucionalismo social, pues si bien el Estado mantenía su estructura liberal, empezaría a asumir un papel más activo gracias al llamado Estado Social de Derecho, que reconocía principios y derechos de naturaleza social, también incluía preceptos sobre la regulación económica mediante la intervención estatal; al primer grupo pertenecen los artículos 122, 142, 143, 145, 146, 151, 157, 159, 160, 161, 162, 163 y 165; al segundo grupo corresponden los artículos 153, 155 y 156.

los derechos fundamentales de la persona, y en el capítulo II del título III dedicado al medio ambiente y recursos naturales (entre los artículos 66 al 69)¹¹.

En el texto original de la Constitución mexicana de 1917 se reconocen los derechos del trabajo, de asociación, huelga, a un salario mínimo, duración máxima de la jornada laboral, día de descanso obligatorio, compensación por accidentes de trabajo, protección de trabajadoras embarazadas, así como el derecho a la educación y la propiedad comunal. En enmiendas posteriores a la Constitución de Querétaro se han reconocido los derechos de protección a la salud y a la vivienda decorosa, medio ambiente adecuado, acceso a la cultura, y el derecho a la alimentación y el derecho a la educación. Los llamados derechos sociales de segunda generación, como el derecho a la salud y a la vivienda, recién fueron incorporados en febrero de 1983. No obstante, la protección de la salud ya era una preocupación del Congreso Constituyente mexicano de 1916-1917, en donde se estableció la salud de los trabajadores como un bien que debían cuidar los patrones y un Consejo General de Salubridad. En cuanto al derecho a la vivienda decorosa, su titularidad no corresponde a las personas sino a las familias. En cambio, a diferencia de las constituciones iberoamericanas contemporáneas, en el caso de la Constitución chilena de 1980, el constituyente no incluyó un catálogo de derechos sociales, los que se encuentran reconocidos figuran en el artículo 19, junto al resto de los derechos civiles y políticos, considerados como prestaciones constitucionales constitucionalmente reconocidas¹².

En la Constitución argentina de 1853/60, reformada en 1994, se configura un federalismo con constituciones provinciales que contienen derechos sociales y principios que inspiran las políticas en materia social. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el artículo 17 establece que “[l]a Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”. De esta manera, el título II contempla una serie de políticas especiales que van desde el derecho a

¹¹ Véase CASTILLO CÓRDOVA, L., *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 134-136.

¹² Véase CARPIZO, J.; MADRAZO, J., “El Sistema Constitucional mexicano”, en GARCÍA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F., HERNÁNDEZ VALLE, R. (coords.), *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 573-576.

la salud integral vinculado con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente; el reconocimiento del derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado; la protección al trabajo, hasta la promoción y la protección íntegra, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral; la seguridad pública como deber propio e irrenunciable del Estado¹³.

Las constituciones iberoamericanas mencionadas no sólo reconocieron prestaciones sino también un conjunto de derechos y principios relacionados con el ámbito laboral, la primera fue la Constitución mexicana de 1917, incorporando el derecho de huelga, negociación colectiva y sindicación; la Constitución española reconoce además el derecho a convivir en un medio ambiente descontaminado (al igual que la Constitución chilena de 1980). Si se sabe advertir, unos derechos son manifestaciones de derechos y libertades clásicos que se concretan en el ámbito de las relaciones jurídicas laborales, mientras que otros presentan las características propias de los derechos clásicos y a la vez exigencia de prestaciones. De esta manera, el derecho a sindicarse es una manifestación del derecho de asociación, y los derechos de negociación colectiva y huelga son una manifestación concreta del ejercicio de la libertad individual como autonomía contractual. No se trata de un error, sino que, antes del reconocimiento del estado de bienestar los derechos sociales no se consideraban parte de la libertades, todo lo contrario, se castigaban las uniones obreras, las paralizaciones laborales y la imposibilidad de negociar colectivamente con el empleador¹⁴. Una afirmación que nos conduce a la siguiente pregunta de nuestro análisis.

IV. ¿SON TODOS LOS DERECHOS SOCIALES PLENAMENTE JUSTICIABLES? UNA MIRADA A CHILE, ARGENTINA, MÉXICO Y PERÚ

La realización de las prestaciones sociales es desigual en los países iberoamericanos y se explica por las diferentes condiciones económicas que atraviesa en cada momento. Por ese motivo, de alguna manera, pensamos que su necesaria constitucionalización corrió el riesgo de afectar el surgimiento de

¹³ Véase además, SAGÜÉS, N. P., *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 36-45.

¹⁴ En el mismo sentido, véase PEREIRA MENAUT, A.-C., *En defensa de la Constitución*, Palestra Editores, 2ª ed. peruana, colección jurídica de la Universidad de Piura, Lima, pp. 492-493.

un sentimiento constitucional entre los ciudadanos cuando la precariedad económica impide hacerlos efectivos, pensando que los constituciones son algo parecido a un ideario, a un plan de metas por conseguir en el tiempo para el futuro bienestar de los ciudadanos.¹⁵

La Constitución chilena no contiene disposiciones que autoricen la intervención del Estado en la economía aunque sí reconoce algunos derechos sociales¹⁶. Como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que goza de garantía jurisdiccional¹⁷, el derecho a la salud¹⁸, que en la práctica se manifiesta en las prestaciones que el Estado realiza a los desposeídos y la libertad de optar al sistema público o privado de salud, siendo justiciable este derecho. Entre los derechos que no gozan de garantía judicial mencionamos el derecho a la gratuidad de la educación básica¹⁹, el derecho a una remuneración justa²⁰ a la negociación colectiva, y a la huelga, prohibiéndose su ejercicio para determinados gremios²¹.

Los derechos sociales en la Constitución peruana no están protegidos por la acción de amparo. Sin embargo se tomaría como una política impopular

¹⁵ Sobre la extensión del catálogo de derechos y libertades de la Constitución peruana, la opinión de Sardón es que desde la Carta de 1979 "...contuvo la más extensa de las enumeraciones de los derechos del hombre que jamás hayamos tenido en el Perú. Ella llevó al extremo el llamado constitucionalismo social –introducido entre nosotros por la Constitución de 1920– al establecer los derechos a la vivienda decorosa, a la seguridad social universal, al seguro de desempleo y un muy largo etcétera. ¿Cuál es el problema con esta clase de dispositivos constitucionales? Ellos expresan aspiraciones legítimas, pero, a ser planteadas como derechos, levantan las expectativas ciudadanas a un punto que el Estado –más aún si se trata de uno pobre y subdesarrollado como el nuestro– no puede necesariamente atender. Esta clase de normas no son, entonces, políticamente inofensivas"; cfr. SARDÓN, J. L. en el estudio preliminar de CHIRINOS SOTO, E., *La Constitución de 1993*, Nerman, 1996, Lima, p. 1. En el mismo sentido, véase PÉREZ CAMPOS, M., "Reforma Constitucional en el área de los Derechos Fundamentales: elementos para la discusión", en el colectivo *Una Constitución para el Ciudadano*, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas, 1994, p. 360.

¹⁶ Cabe advertir al lector que en la Constitución chilena el catálogo de derechos están contenidos en un solo texto, a diferencia de las constituciones iberoamericanas contemporáneas que separan los derechos individuales de los sociales por una decisión de los constituyentes, que a llevado a la doctrina chilena a decir que su Constitución no contiene un catálogo de derechos sociales, sino más bien unas aspiraciones sociales reconocidas constitucionalmente.

¹⁷ Véase el artículo 19. 8 de la Constitución chilena.

¹⁸ Véase el artículo 19. 9.

¹⁹ Véase el artículo 19. 10.

²⁰ Véase el artículo 19. 16.

²¹ Véase MARTÍNEZ ESTAY, J. I., *Jurisprudencia Constitucional española sobre derechos sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 57.

si los excluye de los textos constitucionales, pues, la acepción de constitución que existe en Iberoamérica está más cercana a un mandato al legislador. En la Constitución peruana de 1993, los derechos sociales, como la libertad de enseñanza (art. 13) o la libertad de cátedra (art. 18), son exigibles constitucionalmente. La atribución de las facultades que ambas libertades significan depende sólo del texto constitucional y de ninguna circunstancia externa como puede ser la concreta situación financiera del Estado peruano. Como sabemos, existen otros derechos sociales como el niño adolescente, la madre o el anciano en situación de abandono, que demandan una protección especial por parte del Estado (art. 4), a que se fomente la educación bilingüe (art. 17); o a que nadie se vea impedido de recibir una educación adecuada (art. 16), o a que se promueva el desarrollo científico y tecnológico del país (art. 14), o a la protección de la salud (art. 7), sobre los cuales no sólo no hay seguridad que puedan ser tratados en estricto como derechos, sino que aún en el supuesto que se admita que son derechos no está claro que posean un contenido jurídico que sea exigible²².

Los derechos humanos, incluyendo en ellos a los civiles y a los sociales, son justiciables en México, fundamentalmente a través del juicio de amparo y de la acción de inconstitucionalidad (recurso de inconstitucionalidad). En la Constitución mexicana, la regulación constitucional de la acción de inconstitucionalidad no existe ninguna gradación ni clasificación de los derechos que puedan ser objeto de su protección. En su prescripción general, la acción procede en contra de cualquier norma general que vulnere la Constitución, lo que incluye a todos los derechos²³. Asimismo, en la previsión específica de las acciones de inconstitucionalidad promovidas por los distintos defensores del pueblo, se apunta que la misma procede en contra de normas que vulneren derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados, de lo que se desprende que no existe una gradación en cuanto a la justiciabilidad²⁴. Al ser

²² “El contenido esencial de los derechos fundamentales es, de un lado, una garantía frente a su limitación inconstitucional, y, del otro, un mandato al legislador para que promueva los derechos fundamentales”; cfr. CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, AD-HOC, Buenos Aires, 2007, pp. 278-279.

²³ Dispone el artículo 105, fracción II, acápite: “De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución”

²⁴ Dispone el artículo 105, fracción II, inciso g): “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados

un medio de control abstracto de normas, el mismo está limitado al desarrollo normativo de los derechos o a su afectación legislativa; pero tales límites se deducen de la naturaleza del medio de control.

Lo mismo ocurre en cuanto al juicio de amparo; a diferencia de otros países, en México no existe una distinción en cuanto a los derechos que pueden ser invocados en el juicio de amparo. Conforme a la Constitución de 1917, en el juicio de amparo se pueden conocer de los actos que presumiblemente violen los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales,²⁵ sin hacer distinción en cuanto a si se trata de derechos civiles, políticos y sociales²⁶. En este mismo sentido, en el juicio de amparo tampoco existe una limitante en cuanto a que únicamente se pueden invocar a través de su desarrollo legislativo, como ocurre en otras naciones, sino que pueden hacerse valer directamente de la Constitución o de los tratados. Los derechos sociales son justiciables en la Constitución mexicana de 1917 y no existe alguna limitante a la procedencia de las garantías constitucionales, ni clasificación atendiendo al tipo de derechos, ni gradación respecto a su justiciabilidad.

La Judicatura argentina, en cambio, ha seguido un modelo que no hace depender la “justiciabilidad” de los derechos en juego de su naturaleza “social”. El grado de activismo judicial en materia de derechos sociales se resolvió bajo los siguientes argumentos: “la discrecionalidad legislativa o administrativa”, la “limitación de los recursos públicos”, la falta de legitimación de los accionantes”, “las interpretaciones esgrimidas en ocasiones

internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.” Para la evolución de esta facultad puede verse el artículo de CORZO SOSA, E. y SOBERANES DIEZ, J. M., “Alcance en la defensa de los derechos humanos en acciones de inconstitucionalidad”, en *Ars Iuris*, México, Universidad Panamericana, n° 45 (julio 2011), pp. 13-52.

²⁵ Véase la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011.

²⁶ Pese a no existir una limitación en cuanto a la procedencia del juicio de amparo contra violaciones a derechos políticos, desde el siglo XIX la jurisprudencia cerró esta posibilidad, al distinguir entre derechos civiles y derechos políticos, mencionando que el amparo únicamente estaba ideado para los primeros. Este criterio propició la creación de un tribunal especializado en materia electoral, que puede conocer de las violaciones a los derechos políticos de las personas.

sobre el carácter programático sobre los derechos sociales” o la doctrina de la “emergencia pública”. No obstante, no se observa en ningún caso que se haya desarrollado jurisprudencia que sostenga que los derechos sociales no son justiciables.

En épocas más recientes, a partir de la década de los años noventa, la mencionada tendencia judicial comenzó a revertirse. Se manifestó una vocación de integración internacional que llevó a dotar de plena operatividad y jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos. A su turno, la reforma constitucional de 1994 incrementó el catálogo de los derechos de jerarquía constitucional y amplió los mecanismos procesales. Entre ellos consagró en el artículo 43.2 el amparo de los llamados “derechos de incidencia colectiva”. En la actualidad, la judicatura viene dando muestras de una tendencia interpretativa general asociada a una concepción cada vez más activista en cuanto al contenido y exigibilidad de los derechos fundamentales.

Una noción conceptual que sí podría mencionarse como elemento de atenuación a la “justiciabilidad” de los derechos sociales, es la que deriva del requisito de “legitimación” para promover la actuación de la rama judicial. En ese sentido, el Ordenamiento Constitucional argentino exige que la judicatura actúe en el marco de un “caso o causa” judicial, entendiendo únicamente a aquellos que son promovidos por sujetos que tienen un interés personal, directo y diferenciado del resto de la comunidad. Este requisito, sumado a la indeterminación legislativa sobre la configuración de los derechos de incidencia colectiva y de los elementos que constituyen un caso colectivo ha sido la fuente más significativa de rechazos, limitaciones y obstáculos a la justiciabilidad de casos en donde se plantea la violación colectiva de derechos sociales²⁷. En los últimos años, se ha desarrollado una tendencia a fijar desde la judicatura las bases para superar los obstáculos procesales, en especial en lo que hace a la protección de los derechos de incidencia colectiva.²⁸ Finalmente, en el Ordenamiento Constitucional chileno sólo es justiciable la libertad asociada a algunos derechos sociales. Sin embargo, los derechos de educación, negociación colectiva y seguridad social contemplan la posibilidad de exigir judicialmente algunas prestaciones básicas.

²⁷ Cfr. MAURINO, G. y SIGAL, M., “Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, *SJA* 22/4/2009.

²⁸ Véanse las resoluciones 332:111, 2009.

V. ¿QUÉ RECURSOS EXISTEN PARA DEFENDER LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA? ¿SE HA CONSIDERADO LA LLAMADA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN? UNA MENCIÓN AL CASO BRASILEÑO

El ordenamiento legal peruano cuenta con un código procesal constitucional (en adelante CPC) que regula el ejercicio de las garantías constitucionales que reconoce la Carta de 1993 en su artículo 200; con relación a los derechos sociales, el proceso idóneo para su protección jurisdiccional es el amparo, y el artículo 37 del CPC establece una lista de derechos que son protección de esta institución de garantía. Si bien es cierto que la lista es larga y no cerrada, pues, su inciso 25 nos dice que el amparo procede en defensa de “los demás que la Constitución reconoce”, el CPC señala expresamente que el amparo protege el derecho al trabajo (inciso 10), sindicación, negociación colectiva y huelga (inciso 11), a la educación (inciso 17), a la seguridad social (inciso 19), a la remuneración y pensión (inciso 20), a la libertad de cátedra (inciso 21), y a la salud (inciso 24). Cabe añadir que la lista incluye expresamente la protección a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida” (inciso 23).

La protección a los derechos sociales también puede ejercerse a través de la acción de inconstitucionalidad, la acción popular y, en ciertos casos, por el habeas corpus²⁹. La primera interpuesta ante el Tribunal Constitucional peruano (la Carta de 1993 establece las instituciones competentes para interponerla, véase el artículo 203) cuando una ley, o norma con rango legal, afectara el contenido constitucionalmente protegido de un derecho humano; la segunda institución, en cambio, realizaría la misma protección cuando las

²⁹ El Tribunal Constitucional peruano dice al respecto que “(...) el propósito garantista del habeas corpus trasciende a la protección de la libertad para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio. Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, impide el vínculo afectivo que todo nexo consanguíneo reclama, no sólo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad personal (física, psíquica y moral), protegida por el artículo 2.1 de la Constitución y el artículo 25.1 del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional, a tenor del artículo 4 de la Constitución”; cfr. Exp. Nro. 01317-2008-HC (Fundamento jurídico 45).

normas infra legales afectaran el mismo contenido en la ley o la Constitución, un proceso que el Poder Judicial es competente para conocer.

A falta de regulación normativa del capítulo II del título I de la Constitución de 1993, si partimos de la vinculación del poder público a la Constitución (art. 45) y del principio de normatividad de la Carta de 1993, no cabe otra respuesta que la “vinculación plena del poder político a todas las disposiciones de la Constitución y, entre ellas, a los derechos sociales. Por tanto, todas las disposiciones obligan efectivamente a sus destinatarios y serán los jueces ordinarios, magistrados del Tribunal Constitucional y, finalmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos los encargados de garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, y el deber de neutralizar toda situación discriminatoria y violatoria de derechos que afecten la dignidad de persona humana. De esta manera, el llamado constitucionalismo social pretende es reparador y vincula al Estado como promotor del desarrollo y bienestar general de la persona.

Con relación a los recursos existentes para la protección de los derechos sociales, un sector de la doctrina considera razonable utilizar un instituto constitucional que se dirija contra la omisión del desarrollo legislativo de los preceptos constitucionales por parte de los órganos legisladores (conocida como la acción de inconstitucionalidad por omisión), ya que este “no hacer” impide cumplir con mandatos constitucionales vulnerando su exigibilidad y su eficacia concreta. En este caso, la expresión “omisión” se recoge como este no hacer, producto de la negligencia o despreocupación del órgano legislativo para expedir leyes y normatividad que desarrollen las constituciones y que impidan generar un “deber constitucional”. De este modo, la llamada acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa se define como por un precepto constitucional que prescribe un determinado comportamiento del legislador (producción de leyes de desarrollo constitucional) y, por otro lado, por un comportamiento del legislador

La Constitución brasileña de 1988, en el inciso LXXI de su artículo 5, consagra un mecanismo constitucional mucho más exigente que el llamado al legislador para que cumpla con su labor que viene omitiendo, consagrando el llamado “mandato de *injuncao*”³⁰, en donde a través del recurso de inconstitu-

³⁰ El inciso LXXI del artículo 5 de la Constitución brasileña establece que “[s]e concederá “mandato de *injuncao*” siempre que por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”.

cionalidad es posible, además, “declarar la inconstitucionalidad por omisión para hacer efectiva la norma constitucional y luego dar conocimiento al poder estatal competente para hacer efectiva dicha norma, y que tratándose de un órgano administrativo, lo debe realizar en el término perentorio de treinta días. Una posibilidad no reconocida en la Constitución peruana pero que su Tribunal Constitucional a intentado subsanar por medio de las llamadas sentencias exhortativas a los poderes públicos, con encargos directos a su gestión, pero en la práctica sin la fuerza vinculante necesaria, salvo un primer efecto mediático e incómodo para el órgano o poder estatal aludido.

En la práctica, lo más difícil de la implementación de dicha institución es identificar cuándo se está incumpliendo con un deber constitucional; en otras palabras, que la omisión en sentido jurídico-constitucional significa los poderes públicos no hagan algo a que se estaban obligados por la Carta Magna; y además, que dicha inactividad del legislador se pueda declarar inconstitucional en los casos de incumplimiento de las disposiciones constitucionales permanentes y concretas.

VI. EL DESARROLLO LEGAL, JURISPRUDENCIAL E INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

No existen leyes específicas que desarrollen los derechos sociales que reconoce la Constitución de 1993. El poder constituyente tampoco ha comprometido al poder público a una concreta forma de programación, organización o fomento de los derechos sociales, pues, puede que existan muchas maneras constitucionalmente permitidas para fomentar una determinada realidad para el logro de un determinado objetivo social. No se trata de derechos subjetivos que el individuo pueda hacer valer ante los tribunales ordinarios ante el Tribunal Constitucional. En ese sentido, no se puede aceptar, por ejemplo, que si faltase un centro educativo en una determinada población se pueda demandar judicialmente al Estado para que empiece a construir uno inmediatamente. Debemos tener presente que determinadas prestaciones sociales traen condicionado su cumplimiento a la disponibilidad económica del Estado, la cual se canaliza, en la práctica, a través de los programas sociales pero todavía con un nivel de escaso desarrollo que no se han convertido en verdaderos programas de inclusión social, sino que se tratan de políticas de asistencia social que buscan propiciar el clientelismo.

Las normas que la Constitución establece y que recogen deberes estatales, al igual que las normas programáticas, organizativas y de fomento, constituyen una suerte de principios para la verificación de su efectivo cumplimiento. Como hemos mencionado, no existe una única forma de ser materializados, las disposiciones constitucionales pueden ser cumplidas en intensidades y formas distintas, y no se podrá exigir al poder público el cumplimiento de esas disposiciones constitucionales a través de una sola manera o vía de realización.

Los ciudadanos cuentan, solos, o colectivamente, con determinadas garantías constitucionales ante una situación de manifiesta, clara e inobjetable conducta estatal en contra de cualquiera de estas disposiciones de la Constitución peruana de 1993. Por eso, pueden ser invocados por el particular ante los tribunales, e incluso demandar su efectivo cumplimiento mediante una acción de amparo. Sin embargo, la undécima disposición final y transitoria de la Carta de 1993 establece que aquellas normas constitucionales, más de una referida a los derechos sociales, que exijan del Estado un mayor gasto público se deberán aplicar progresivamente en la medida que el Estado cuente con más recursos económicos.

VII. ¿EXISTEN DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, U ÓRGANO EQUIVALENTE, QUE SE PRONUNCIEN SOBRE EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS SOCIALES?

El Tribunal Constitucional peruano es el segundo intento de jurisdicción concentrada en la historia de los textos constitucionales peruanos; sus competencias son más amplias que su antecesor en la Carta de 1979 y en la actualidad se aproxima al modelo español de la Constitución de 1978; nos encontramos ante un órgano de control de la constitucionalidad, máximo garante de los derechos y órgano que resuelve los eventuales conflictos de competencia entre los órganos del Estado. Si el Tribunal es el máximo intérprete de la Constitución es evidente que sus funciones no pueden quedar sólo circunscritas al control de constitucionalidad de las leyes, sino más bien al desarrollo y protección de los derechos y libertades mediante el conocimiento, en última y definitiva instancia nacional, de los procesos constitucionales reconocidos en la Carta de 1993.

La resolución del Tribunal Constitucional peruano Nro. 2016-2004-AA/TC es de interés debido a que, por primera vez, el máximo intérprete de los

derechos y libertades a nivel nacional, declaró fundada una acción de amparo, ordenando que se considere al agraviado, en su derecho a la vida, “en el grupo de pacientes que recibirían tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, o que incluiría la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante (...) y bajo su responsabilidad. A su vez, el Tribunal exhorta a los poderes públicos a que cumplan con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Nro. 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA; y ordena que la dirección del hospital tratante dé cuenta a este Tribunal, cada seis meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento del recurrente”.

La sentencia referida tiene especial interés dado que el Tribunal Constitucional judicializó con su interpretación el principio de progresividad establecido en la undécima disposición final y transitoria de la Constitución³¹, a favor de la efectiva realización de los derechos sociales. Al respecto, en la misma resolución el Tribunal argumentó que “[l]a undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se dispongan para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos el derecho a la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas”; más adelante, el máximo intérprete de los derechos sostuvo que “[s]i bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales 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 acarrearía situaciones de inconstitucionalidad por omisión”³².

³¹ La disposición final y transitoria undécima de la Constitución peruana de 1993 establece que “[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

³² Cfr. STC Nro. 2016.2004-AA/TC (Fundamentos jurídicos 36 y 38).

VIII. ¿TIENDEN LOS TRIBUNALES ORDINARIOS A DOTAR DE EFICACIA DIRECTA A LOS DERECHOS SOCIALES, CON INDEPENDENCIA DE SU DESARROLLO LEGAL? ¿EN QUÉ ÁMBITOS PUEDE APRECIARSE ESTA TENDENCIA?

Los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano en materia de derechos sociales nos brindan una idea de su progresiva eficacia directa y límites para poder por realizarlos plenamente. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano nos dice que “[s]i bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación positiva del Estado a través de la adopción de medidas adecuadas para el logro de los fines sociales y del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social y democrático de Derecho”³³.

IX. EL CASO ESPAÑOL. UNA COMPARACIÓN CON LA REALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

En el ordenamiento constitucional español parece difícil que los preceptos del capítulo III del título I puedan ser entendidos como normas jurídicas engendradoras de derechos exigibles, justiciables, ante un tribunal; sin embargo, sí podrían entenderse como normas programáticas, heteroaplicativas o principios políticos cuya infracción podría acarrear consecuencias políticas; por ejemplo, que los ciudadanos voten en las próximas elecciones contra el actual partido del Gobierno por haber infringido las disposiciones sobre derechos sociales. En definitiva, las disposiciones que contienen derechos sociales y económicos no son invocables ante un juez mientras una ley no las dote de

³³ Cfr. Exp. Nro.10063-2006-AA (Fundamentos jurídicos 7 y 8).

un contenido cierto, identificable y determinado. Sin una mediación legislativa que produzca ese efecto, nadie podrá obtener de un juez una pensión (art. 41) o una vivienda digna (art. 47)³⁴. Pero además, aunque la Sentencia Nro. 80/1992 sólo modera el carácter normativo-directo del capítulo III del título I de la Constitución, ocurre que también otros preceptos que no forman parte de este capítulo difícilmente pueden ser entendidos en sentido jurídico.

Con relación a los derechos de los presos del artículo 25.2, o en el derecho al trabajo del artículo 35.1, que forman parte de las secciones Primera y Segunda del capítulo II del título I de la Constitución española de 1978; en ambos casos, parece difícil que los jueces puedan satisfacerlos si no existe una ley que los dote de contenido cierto y determinado. Se trata de normas políticas y sociales, cuyo cumplimiento depende de una serie de factores, primordialmente económicos. Así ha sido advertido también por el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia Nro. 172/1989, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por un preso que reclama un puesto de trabajo amparándose en el artículo 25.2 de la Constitución. De acuerdo con el máximo intérprete de la Carta de 1978, “existe, ciertamente, un específico deber de la Administración Penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias, y un mandato, incluso, al legislador, conforme al artículo 53.3 de la CE de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, según las posibilidades socio económicas (...). Y, desde el punto de vista subjetivo de quien está cumpliendo pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento”³⁵.

Es decir, el derecho sólo resultará exigible cuando los medios económicos permitan crear puestos de trabajo; pero aún así, sólo pueden llegar a adquirir verdadera eficacia en combinación con el artículo 14 de la Constitución de 1978. Nótese que con los derechos y libertades clásicos pasa lo contrario, pues

³⁴ La literalidad del artículo 47 sugiere que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”; sin embargo, se trata de un principio que se desprende de la siguiente frase de mismo artículo: “los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. Se trata de un mandato de desarrollar una política de acceso universal a la vivienda digna, lo que abre un amplio abanico de opciones legislativas de difícil control por el Tribunal Constitucional.

³⁵ Cfr. Fundamento jurídico 3.

su sola proclamación es suficiente para que se apliquen directamente desde la Constitución, sin necesidad de mediación del legislador.

Un ejemplo es la sentencia constitucional 15/1982 referente al derecho de la objeción de conciencia. No habiendo sido aún dictada la correspondiente ley, la sentencia reconoció a un recurrente en amparo el derecho a aplazar su incorporación a filas hasta que se dictase la ley que regulase la objeción de conciencia. El Tribunal estimó que se trataba de un derecho de aplicación inmediata, ya que “los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que la Norma Fundamental española en su artículo 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata”; además, la “dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido a ella”³⁶.

La falta de desarrollo legislativo del derecho no puede servir de excusa para su no cumplimiento. Como todo derecho clásico y al contrario que los económicos y sociales, la objeción de conciencia, para ser inmediatamente efectiva, no necesita desarrollo legislativo, aunque tampoco le sobre, por eso no puede haber mejor ejemplificación del contraste entre el tratamiento dado a unos y otros derechos³⁷.

X. ¿CUÁLES SON LAS PREOCUPACIONES BÁSICAS EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES QUE EXISTEN EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA?

Para poder absolver esta interrogante será citando directa, textualmente y ordenados de manera sistemática, importantes fragmentos escogidos de diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional peruano; de su lectura se desprende el deseo y vocación del máximo garante de los derechos y libertades a nivel nacional para reconocer que los derechos sociales no son derechos de

³⁶ Cfr. Fundamento jurídico 8.

³⁷ PEREIRA MENAUT, A. C., *Temas de Derecho Constitucional Español*, Follas Novas, Santiago de Compostela, A Coruña, 1996, pp. 286-287.

segunda clase, sino que tienen la misma importancia y jerarquía constitucional que los derechos civiles y políticos; dotándolos de contenido constitucional y precisando, interpretativamente, otros que, por su redacción en la norma pareciera que los poderes públicos se encuentran, por ejemplo, obligados por la Constitución para asignarles un puesto de trabajo.

A continuación ofrecemos una selección de jurisprudencia para aproximarnos a sus actuales tendencias interpretativas:

A) La protección del niño, del adolescente, de la madre, del anciano, de la familia y del matrimonio.

1. “Se señala en la Constitución, artículo 4, que ‘la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente’. El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar”³⁸.

2. “(...) el Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el ‘Estado protege a la familia y promueve el matrimonio’, reconociéndolos como ‘institutos naturales y fundamentales de la sociedad’, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional. Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido. Se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración se pudieran generar, los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil. De manera que, desde una

³⁸ Cfr. Exp. Nro. 03330-2004-AA (Fundamento jurídico 35).

perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones”³⁹.

B) El derecho a la salud.

1. “La Constitución en su artículo 7 reconoce el derecho que tiene toda persona a la protección de su salud, así como el deber del Estado de contribuir a la promoción y defensa de aquella. Si bien es cierto que el derecho a la salud no se encuentra contenido en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, también es cierto que su inherente conexión con los derechos a la vida, a la integridad personal y el principio de dignidad de la persona, lo configura como un derecho fundamental innegable y necesario para el propio ejercicio del derecho a la vida toda vez que constituye, como lo señala el artículo I del título Preliminar de la Ley N° 26842. Ley General de Salud, ‘condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo’. En este sentido, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de precisar que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo, lo que implica que el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, a fin de que las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico y mental, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido”⁴⁰.

2. “Pero también, como en la mayoría de derechos constitucionales, el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho ‘programático’, vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales”⁴¹.

3. “La protección del derecho a la salud en el artículo 13 de la Constitución se plantea como un principio rector de la política pública, social y económica del Estado, que se ejecuta a través del Poder Ejecutivo, el cual a su vez se encarga de diseñar, normar y supervisar su aplicación en forma plural y descentralizada. En su dimensión de libertad, el derecho a la salud implica la facultad inherente

³⁹ Cfr. Exp. Nro. 02868-2004-AA (Fundamento jurídico 13).

⁴⁰ Cfr. STC Nro. 2945-2003-AA/TC (Fundamento jurídico 28).

⁴¹ Cfr. Exp. Nro. 05954-2007-HC (Fundamentos jurídicos 9 y10).

a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica y social, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo. Es decir, garantiza el derecho de las personas a alcanzar y preservar un estado de plenitud física, psíquica y social, razón por la cual el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, con la finalidad de que todas las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, para que tengan, cada día, una mejor calidad de vida y ello porque el concepto de persona humana comprende aspectos tanto materiales, físicos y biológicos, como espirituales, mentales y psíquicos”⁴².

C) La educación y libertad de enseñanza.

1. “En cuanto a la naturaleza de los derechos sociales, también llamados derechos prestacionales, este Tribunal ha señalado que los derechos sociales no son 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 e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de ambos en forma conjunta e interdependiente”⁴³.

2. “Conforme ya ha sido reconocido por este Tribunal, se considera constitucionalmente protegido el derecho fundamental a la educación tanto en la dimensión de libertad como en la dimensión prestacional, en la que encontramos el derecho a la educación en sentido estricto, dirigido a asegurar que nadie se vea impedido de recibir la educación adecuada; asimismo, se protege el derecho de los padres de escoger el centro educativo y participar en el proceso de educación de sus menores hijos. En lo que respecta a los Centros Educativos Particulares, el artículo 3° de la Ley n° 26549, de Centros Educativos Privados, establece que “[c]orresponde a la persona natural o jurídica, propietaria de un centro educativo, establecer la línea axiológica que regirá su centro, dentro del respeto a los principios y valores establecidos en la Constitución; la duración, contenido, metodología y sistema pedagógico del plan curricular de cada año o período de estudios; los sistemas de evaluación y control de los estudiantes; la

⁴² Cfr. Exp. Nro. 02480-2008-AA (Fundamentos jurídicos 5 y 6).

⁴³ Cfr. Exp. Nro. 01391-2007-AA (Fundamento jurídico 11).

dirección, organización, administración y funciones del centro; los regímenes económico, disciplinario, de pensiones y de becas; las relaciones con los padres de familia; sin más limitaciones que las que pudieran establecer las leyes, todo lo cual constará en el Reglamento Interno del centro educativo'. De dicha norma se infiere que los Centros Educativos Privados tienen la potestad de establecer los mecanismos de evaluación, control y disciplinario que consideren pertinentes para garantizar un adecuado sistema educativo que permita lograr el desarrollo integral de los educandos, brindando una formación intelectual, moral, física y psicológica siempre que no contravengan a lo establecido en la Constitución”⁴⁴.

D) La protección estatal del trabajo y contra el despido arbitrario.

1. “(...) los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (art. 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas) (...) aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. Exp. Nro. 01391-2007-AA (Fundamento jurídico13).

⁴⁵ Cfr. Exp. Nro. 00206-2005-AA (Fundamentos jurídicos 15 y 20).

2. “El artículo 27° de la Constitución garantiza que la ‘ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario’. Así, conforme a lo expuesto por este Tribunal en el Fundamento N° 109 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00025-2007-PI/TC, la doctrina laboralista ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral comprende dos aspectos: por un lado, la estabilidad laboral de entrada, referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, reflejada en la autorización de celebrar contratos temporales únicamente cuando la labor a cumplir sea de tal naturaleza; y, por otro, la estabilidad laboral de salida, referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado. Sin embargo, y como lo ha establecido este Colegiado a través de su reiterada jurisprudencia, mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho a no ser despedido arbitrariamente, sino que solo se reconoce el derecho del trabajador a la protección adecuada contra el despido arbitrario. Por ende, el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario no tiene carácter ilimitado, por lo que mediante ley se pueden establecer ciertas modulaciones a su ejercicio. En el presente caso el ejercicio del derecho al trabajo de los trabajadores públicos se encuentra sujeto a que aprueben la evaluación de desempeño, lo cual resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 39° de la Constitución, en tanto dispone que ‘Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación’. Si ello es así, no parece irrazonable que tales funcionarios deban ser evaluados periódicamente a efectos de alcanzar un servicio de óptima calidad”⁴⁶.

3. “(...) el derecho a la estabilidad laboral, como todos los derechos fundamentales, no puede ser considerado como un derecho absoluto, sino que puede ser limitado mediante una ley, siempre que no se vulnere su contenido esencial. Así, respecto a la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral, el Tribunal Constitucional ha determinado que ‘mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho ‘a no ser despedido arbitrariamente’. Sólo reconoce el derecho del trabajador a la ‘protección adecuada’ contra el despido arbitrario’. Por ende, el derecho a la estabilidad laboral no tiene carácter ilimitado, por lo que mediante ley se pueden establecer ciertas modulaciones a su ejercicio. En el presente caso la estabilidad laboral de los profesores se encuentra sujeta a que aprueben la evaluación de desempeño, lo cual resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 15° de la Carta Magna que dispone que ‘(...) El Estado y la sociedad procuran su [del profesor] evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes’ ”⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. Exp. Nro. 00010-2010-AI (Fundamentos Jurídicos de 17 a 19).

⁴⁷ Cfr. Exp. Nro. 00025-2007-AI (Fundamentos Jurídicos 110 y 111).

E) La jornada laboral de ocho horas diarias.

1. “En materia de jornada de trabajo y descanso semanal, el artículo 25° de la Constitución Política ha establecido que ‘la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo’. Constitucionalmente, es válida la existencia de jornadas acumulativas o atípicas, siempre que no excedan los límites establecidos. Este Colegiado ya se ha pronunciado con referencia a las jornadas de trabajo atípicas y acumulativas indicando que

‘(...) De las disposiciones citadas, que constituyen el parámetro constitucional que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que:

i) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración (...)

ii) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor (...).’

La jornada de trabajo, por definición, es una unidad de tiempo. Se mide por lapsos en los que el trabajador está a disposición del empleador para el desarrollo de una actividad productiva, bien sea prestando un servicio, realizando actos o ejecutando obras. Dicho lapso de tiempo no puede ser empleado en beneficio personal. Históricamente, la razón de ser de la jornada de trabajo ha variado con el transcurso del tiempo. Inicialmente

‘Limitar la jornada de trabajo fue (...) una forma de evitar los abusos del empleador, luego (...) adecuar el tiempo al salario y viceversa; más adelante se convirtió en un modo de mejorar la calidad de vida dentro y fuera del trabajo, y ahora se piensa en la reducción de la jornada como una forma de luchar contra el desempleo’. A nivel del ordenamiento nacional y en materia de jornada de trabajo, la Constitución Política ha establecido una disposición que, por sus características de imperatividad y el espacio que deja a la autonomía privada, constituye un precepto reconocido doctrinariamente como una norma denominada máxima de derecho necesario, es decir, que se trata de un tope máximo hasta donde la autonomía privada puede pactar; por encima de ello opera la prohibición. Así, se permite la existencia de jornadas alternativas, acumulativas y atípicas, siempre que por la naturaleza especial de las actividades que se realizan así lo requieran y en la medida, claro está, que no se superen dichos topes⁴⁸.

⁴⁸ Cfr. Exp. Nro. 00027-2006-AI (Fundamentos jurídicos 18 a 21).

2. “En cuanto al descanso vacacional anual remunerado, debemos indicar que se trata de un derecho de reconocimiento internacional a nivel de la normativa sobre derechos humanos, y, a nivel constitucional, el artículo 25° ha establecido que ‘(...) los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y compensación se regulan por ley o por convenio (subrayado agregado). De esta forma se ha optado por una reserva de ley y posibilidades de pacto mediante Convenio (autonomía colectiva) en esta materia, en cuanto a su disfrute y compensación’. Con relación al descanso vacacional, este Colegiado ha señalado que ‘(...) el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. (...), la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. (...), las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible’. En cuanto al descanso vacacional anual remunerado, que es el descanso que se regula en la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, la normativa infraconstitucional ha establecido que el trabajador tiene –en el régimen común– derecho a treinta días (30) calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios; no obstante, el ejercicio de ese derecho está condicionado, además, al cumplimiento de un récord vacacional por parte del trabajador”⁴⁹.

F) Los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga.

1. “En cuanto a la afectación del derecho a la libertad sindical reconocido en el artículo 28°, inciso 1) de la Constitución, debe señalarse que este derecho tiene como contenido la libertad de todo trabajador para afiliarse a un sindicato, así como para el desarrollo libre de su actividad, ya sea en el seno de la Administración Pública o de una empresa particular, en defensa y cautela de sus intereses, a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores. Igualmente el derecho a la libertad sindical tiene como contenido que la facultad que tiene el trabajador para afiliarse o ejercer actividad sindical no sufra ningún menoscabo en sus derechos fundamentales, como podría ser la diferencia de trato carente de toda justificación objetiva y razonable entre trabajadores sindicalizados y trabajadores no sindicalizados. Por ello, cuando se alega que un despido encubre una conducta lesiva del derecho a la libertad sindical, incumbe al empleador la carga de probar que su decisión obedece a causas reales y que

⁴⁹ Cfr. Exp. Nro. 00027-2006-AI (Fundamentos jurídicos 22 a 24).

no constituye un acto de discriminación por motivos sindicales. Para imponer la carga de la prueba al empleador, el demandante previamente debe aportar un indicio razonable que indique que su despido se origina a consecuencia de su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales”⁵⁰.

2. “El derecho de sindicación reconocido en el artículo 28º, inciso 1), de la Constitución tiene como contenido esencial un ámbito de facultades que puede ser agrupados de dos formas: la primera, desde una dimensión individual y la segunda, desde una dimensión plural. La dimensión individual o intuición persona del derecho de sindicación tiene a su vez un doble contenido: por un lado, un aspecto positivo, que comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse libremente a los sindicatos ya constituidos; y, de otro lado, un aspecto negativo, que comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse, y en caso de estar afiliado, a no ser excluido arbitrariamente. Respecto a su dimensión plural, se ha señalado que esta protege la autonomía sindical, a fin de que el sindicato funcione libremente sin injerencias o actos externos que pudiere afectarlo. Protege, asimismo, las actividades que este desarrolla y la de sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos. (Fundamento Jurídico N° 6, sentencia recaída en el expediente N°3311-2005-PA/TC). Se entiende así que los trabajadores están facultados para ejercer su libre afiliación al tipo de organización que estimen conveniente, en este caso un sindicato, siguiendo estrictamente con lo señalado a través del artículo 28 de la Constitución, así como con lo regulado en el estatuto correspondiente, el cual tiene como límite no exigir a los trabajadores interesados medidas irrazonables que impidan ejercer su derecho de libre afiliación”⁵¹.

* * *

3. “En efecto, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28º, inciso 1 de la Constitución (Exp. N°0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discri-

⁵⁰ Cfr. Exp. Nro. 03884-2010-AA (Fundamentos jurídicos 11 a 13).

⁵¹ Cfr. Exp. Nro. 02882-2008-AA (Fundamentos jurídicos 3 a 6).

minación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (art. 11° del Convenio N° 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1° del Convenio N° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva)⁵².

* * *

Luego de tener a la vista algunos de los fundamentos del Tribunal Constitucional peruano en materia de derechos sociales, podemos confirmar que su común denominador es el de interpretar el contenido constitucionalmente protegido y alcances de los derechos sociales reconocidos en la Carta de 1993, así como, de modo exhortativo, la necesidad que los poderes públicos pongan todos los medios políticos, económicos y administrativos necesarios para poder realizarlos a nivel nacional. Es así que luego de conocer el contenido de algunas resoluciones del Tribunal Constitucional peruano, nos preguntamos en torno a la defensa de la justiciabilidad de los derechos sociales para aproximarnos a su reconocimiento y vigencia en el marco iberoamericano.

XI. ¿HASTA QUÉ PUNTO CABE DEFENDER LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA? ELEMENTOS PARA UNA APROXIMACIÓN AL RECONOCIMIENTO Y VIGENCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL MARCO IBEROAMERICANO.

Los derechos sociales pueden alcanzar cierto grado de justiciabilidad por la vía del principio de igualdad o de la tutela judicial efectiva. Pero ambos supuestos exigen que el derecho social de que se trate haya sido previamente dotado de contenido, y que en esa actividad o en la aplicación de dicho contenido se infrinja el principio de igualdad o la tutela judicial. Es decir, no es el derecho social el justiciable, sino el principio de igualdad o la tutela judicial.

⁵² Cfr. Exp. Nro. 05028-2008-AA (Fundamento jurídico 3).

En cambio, los derechos colectivos laborales sí pueden ser considerados derechos en sentido jurídico, ya que a diferencia de los demás derechos sociales, aquéllos no exigen una abstención, un no hacer, no intervenir, por parte de los poderes públicos. Se trata de manifestaciones particulares de derechos o libertades clásicos, que surgen con la finalidad expresa de todo derecho social: eliminar o disminuir la desigualdad material y mejorar las condiciones de vida. Al no consistir en prestaciones que deban ser determinadas por el legislador o la administración, los jueces sí pueden darles protección, sin necesidad de esperar un desarrollo posterior e implementación infraconstitucional⁵³. Es el caso del derecho de sindicación que, como mencionamos, se trata de una manifestación concreta del derecho de asociación, pues cabe en su contenido constitucionalmente protegido; otro caso mencionado es el derecho de huelga, en el que participan las libertades individuales, de tránsito y reunión. Las conquistas laborales dieron lugar a su incorporación en la Constitución, gracias a su dificultad para ser enmendada (rigidez), y se convierte en una garantía que evita su modificación o derogación, gracias a una mayoría en el parlamento.

La plena realización de la igualdad material y solidaridad nos lleva a afirmar que la finalidad de una declaración de derechos sociales en una constitución es hacer efectiva la igualdad material del constitucionalismo clásico para así mejorar la calidad de vida de los ciudadanos; en otras palabras, son algo así como los “derechos cenicienta” porque requieren de un hada madrina (el Estado) para poder realizarlos. En el derecho comparado observamos el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978 encomienda a los poderes públicos la remoción de los obstáculos que impiden la plena y efectiva realización de la igualdad. Una disposición que ha sido reforzada gracias a su Tribunal Constitucional ampliando los alcances del derecho a la igualdad. De esta forma podemos apreciar la protección que han recibido las mujeres por casos de discriminación⁵⁴. Si bien no existe una expresa referencia en la Constitución peruana sobre la igualdad material se puede inferir de la lectura de algunos de sus artículos; por ejemplo el segundo párrafo del artículo 23 establece que el Estado peruano “promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educa-

⁵³ Véase MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales...*, p. 336.

⁵⁴ Se pueden observar en las sentencias del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) números 19/1989, 28/1992 y 3/1993.

ción para el trabajo”. De igual manera, podría entenderse como un reconocimiento a la igualdad material el artículo 59 que dispone que “el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”.

La undécima disposición final y transitoria de la Constitución peruana que establece que “las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”, el Tribunal Constitucional peruano ha realizado una interpretación sosteniendo que “(...) se hace necesaria la exigencia de los derechos sociales y económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación y demás servicios públicos, pues ellos representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación”⁵⁵; y añade además que “(...) [n]o 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 e 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 interdependiente”⁵⁶. Finalmente, la dimensión que tiene el Estado Social lo hace intervenir en la realización de todos los derechos y prestaciones a los ciudadanos, con el igual vinculación jurídica. Lo cual puede poner en riesgo la libertad si no tenemos cierto cuidado con la actuación estatal, ya que, con su nuevo papel también podrían aumentar significativamente los controles públicos⁵⁷.

Sin desear tomar una postura de carácter estrictamente liberal, o insoledaria, con las evidentes desigualdades sociales, culturales y económicas que existen entre los ciudadanos, debemos recordar los orígenes de nuestra disciplina y objeto de estudio: el constitucionalismo. En primer lugar, debemos tener presente que su origen fue anglosajón y su principal fuente es la jurisprudencia (judicialismo). Si partimos de esa base, desde el origen político del

⁵⁵ Cfr. Exp. Nro. 2945-2003-AA/TC (Fundamento jurídico 10).

⁵⁶ Cfr. Exp. Nro. 2945-2003-AA/TC (Fundamento jurídico 11).

⁵⁷ HAKANSSON NIETO, *Curso de Derecho Constitucional*, Palestra Editores, Universidad de Piura, colección jurídica, Lima, 2009, pp. 422-423.

concepto de constitución nos damos cuenta que sus creadores no la inventaron para solucionar las consecuencias de la pobreza en el mundo, sino para limitar el ejercicio arbitrario del poder; y, desde el punto de vista jurídico, lograr ese cometido por medio del derecho y no la fuerza. Por eso, con relación a su justiciabilidad, la constitucionalización de los derechos sociales puede carecer de efectos reales cuando se reconoce que “todos tenemos derecho a una vivienda digna, al trabajo, a una remuneración justa, etc”; que llevaría a cualquier texto constitucional a la condición de un ideario, o sólo suponer que la incorporación de un programa de política social en la Carta Magna, al no ser dotado de contenido normativo, no daría origen a ningún derecho en sentido jurídico.

La presencia de un capítulo de derechos sociales, como es el caso de la Constitución peruana, y tendencia común de las constituciones iberoamericanas en su tránsito al Estado Social, no debe perder de vista que la bien intencionada decisión de constitucionalizar estos derechos puede volverse contra la propia idea, sentido y finalidad de la Constitución para la percepción del ciudadano común, más cercano a leer su periódico por la mañana del domingo que ha discutir temas de carácter *ius* natural, pues, en la práctica, la eficacia de los derechos sociales dependerá de los recursos económicos presupuestales que cuente el Estado gracias a su recaudación fiscal⁵⁸; es más, un país tradicionalmente próspero puede verse azotado por una crisis global que le impediría cubrir todas las necesidades sociales comprometidas por su constitución desde décadas atrás, afectando inclusive el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. Por eso, no parece tan descabellado, que los países paradigma del Estado de Bienestar, Canadá, Francia, Reino Unido y Suecia, no hayan incorporado un catálogo de derechos en su derecho constitucional, omitiendo el caso alemán por no ser tan longevo como los mencionados. Es conveniente detendremos para argumentar esta afirmación.

En el caso del Reino Unido, se ha mantenido un sistema de asistencia social desde comienzos del siglo XVII, con la promulgación de las primeras leyes de pobres. A comienzos del siglo XX se elaboró un sistema de seguros de enfermedad y desempleo, durante la década de los cuarenta se impulsó además el desarrollo de un sistema de seguridad social (Informe Beveridge, 1942) que, con ciertas reformas en la era de la Primera Ministra Margaret Thatcher,

⁵⁸ En el mismo sentido, véase MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales...*, p. 333.

sigue vigente hasta hoy. En el Estado sueco, en cambio, se comenzaron las medidas de asistencia y seguridad social desde comienzos del siglo veinte, con un sistema de pensiones en casos de desempleo y vejez; pero es partir de la década de los años treinta cuando se consolida uno de los modelos de estado de bienestar más desarrollados; los cuáles, tanto en el Reino como en Suecia, no forman parte de su catálogo de derechos.

Como sabemos también, Francia cuenta también con un eficiente sistema de asistencia social, conocido con *État-providence*; en el caso francés, observamos que sí reconoce derechos sociales en su Constitución pero no como parte de su articulado sino del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, inmediata anterior a la actual de 1958; una adhesión de los ciudadanos franceses a los derechos consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Finalmente, Canadá tampoco cuenta con un listado de derechos sociales en su Constitución, así como tampoco ningún precepto que reconozca un Estado Social o, según la tradición británica, de *Welfare State*⁵⁹. Se trata entonces de cuatro casos, Reino Unido, Suecia y Canadá con más claridad, que no han condicionado la vigencia de los derechos sociales sin no están expresamente reconocidos en su derecho constitucional.

Finalmente, la justiciabilidad de los derechos sociales debe defenderse siempre y debe ser universal, para todos los ciudadanos y no para un solo universo de ellos. Sin embargo, la dimensión, envergadura y gran sensibilidad entre los ciudadanos que tiene cualquier afectación, directa e indirecta, a las prestaciones reconocidas constitucionalmente puede verse amenazada en algún momento, como puede apreciarse en la actual crisis económica europea, y dar lugar a la necesidad de poder justificar medidas de ajuste temporal que conlleven a una manifiesta afectación de estos derechos, dado que su realización para garantizar la dignidad humana se sustenta en la recaudación fiscal suficiente para poder atenderlas, sin dejar de reconocer que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales deben tener igual observancia y vinculación jurídica en los todos poderes públicos⁶⁰. Desde un punto de vista realista, en la Constitución peruana, atendiendo al marco iberoamericano,

⁵⁹ En el caso del Canadá, sólo es posible encontrar alguna referencia a estas materias en la Carta canadiense de Derechos y Libertades, que es uno de los documentos que conforman su derecho constitucional; véase PEREIRA MENAUT, A. C., *En defensa de la Constitución...*, pp. 490-491.

⁶⁰ HAKANSSON NIETO, *Curso de Derecho Constitucional...*, pp. 422-423.

sólo se ha llegado a un alto grado de desarrollo conceptual en materia de reconocimiento de los derechos sociales, basado en la dignidad humana, producto de las resoluciones de su Tribunal Constitucional, pero su verificación no está plenamente garantizada a nivel nacional; desde el punto de vista ciudadano, la salud, seguridad social y educación privadas son las que en la práctica atienden las necesidades de los ciudadanos que precisamente tributan, sin esperar mucho del Estado, frente a las mismas demandas de los más necesitados pero que se atienden gracias a los programas sociales que progresivamente, y con deficiencias administrativas, implementan los sucesivos gobiernos.